



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A priorização do poder familiar irresponsável em detrimento da família substituta em face do melhor interesse da criança

Ane Cristine Sousa de Queiroz Tristão

Rio de Janeiro
2013

ANE CRISTINE SOUSA DE QUEIROZ TRISTÃO

A priorização do poder familiar irresponsável em detrimento da família substituta em face do melhor interesse da criança

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

A PRIORIZAÇÃO DO PODER FAMILIAR IRRESPONSÁVEL EM DETRIMENTO DA FAMÍLIA SUBSTITUTA FACE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ane Cristine Sousa de Queiroz Tristão

Graduada pela Universidade Gama
Filho.

Resumo: A família é o primeiro espaço de desenvolvimento da pessoa humana. Assim, o convívio familiar, como principal meio de inserção social deve ser exercido com responsabilidade. Um poder familiar para ser legítimo deve ser exercido com zelo, o qual é materializado por meio do cuidado, do afeto e da responsabilidade. Esses três pilares quando bem exercidos atendem o melhor interesse da criança e do adolescente. A finalidade do trabalho é abordar a positividade do princípio do superior interesse da criança pela Lei 12010/2009, com a consequente mudança de paradigma a fim de avaliar quando há a necessidade de destituição do poder familiar em relação a pais recalcitrantes que mesmo diante de políticas públicas básicas permanecem negligentes a ponto de caracterizar o abandono e a necessidade de colocação em família substituta por meio da adoção nacional ou internacional.

Palavras-chave: Poder familiar. Cuidado. Melhor interesse da criança. Família substituta.

Sumário: Introdução. 1. O Cuidado e o melhor interesse como diretrizes de proteção. 2. Os novos paradigmas da Lei 12010/2009. 3. A Perda de Uma Chance de se ter uma família. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a dramática situação da criança acolhida e o tempo que esse acolhimento pode se estender gerando a possibilidade da família biológica assumi-la sem que isso represente o melhor interesse para a criança ou o adolescente.

No primeiro capítulo, aborda-se a questão do cuidado e o melhor interesse como diretrizes de proteção. Não se nega que de acordo com a Constituição da República é direito de toda criança à convivência familiar e comunitária sendo dever do Estado garantir a preservação, o fortalecimento e a recuperação dos laços familiares.

Ocorre que, algumas vezes, apesar dos esforços das equipes técnicas do Juízo da Vara da Infância e Juventude, bem como o oferecimento de políticas municipais para o estabelecimento dos vínculos familiares, muitas famílias biológicas e até mesmo a extensa¹ (esta muitas vezes tem como objetivo apenas conseguir o auxílio Bolsa Família), não estão envolvidas em quererem cuidar deste filho (ou ente familiar de outro grau de parentesco).

No segundo tópico procura-se esclarecer os novos paradigmas da Lei 12010/2009, conhecida como a Nova Lei da Adoção.

Antes dessa Lei, o acolhimento institucional, apesar de excepcional e provisório, tornava-se permanente, muito embora constatado o absoluto abandono por parte da família biológica e a impossibilidade de recolocação na família extensa.

Infelizmente, a criança acolhida acabava por ficar fora da faixa preferencial de adoção vindo a se tornar um adolescente institucionalizado até seus 18 anos de idade, quando, então, era desligado do acolhimento sem qualquer preparação para o auto-sustento e com uma vida emocional desequilibrada.

Com o advento dessa nova Lei, profundas alterações foram feitas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), com o objetivo de pôr um fim à situação acima apresentada. Para isso, foi positivado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a obrigatoriedade de avaliações periódicas da situação dos acolhidos em instituição, a obrigação do juiz justificar a permanência do acolhimento por mais de dois anos e a razoável duração do processo de destituição do poder familiar, tudo na tentativa de individualizar quais os acolhidos que estariam

¹ Com a reforma do ECA realizada pela Lei 12010/09, foi introduzida a "família extensa", também chamada de família ampliada no parágrafo único do artigo 25: Art. 25. (...).

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Lei n. 12.010 de 2009).

em estado de abandono para colocá-los em família por meio de adoção, quer nacional, quer internacional.

Nesse sentido há que se destacar a importância do instituto da adoção internacional, uma vez que, conforme é demonstrado, através dos relatórios anuais apresentados pelo CEJA (Comissão Estadual Judiciária de Adoção), ao contrário dos nacionais, os estrangeiros não fazem questão do fator idade e vem representando muito bem as famílias que buscam adotar crianças sem se importar com a faixa etária, e sim com o amor que possam canalizar para ajudar o adotando.

Na adoção internacional, por exemplo, segundo Maria Berenice Dias²:

A possibilidade de crianças e adolescentes perderem a nacionalidade ao serem adotadas por estrangeiros é tema que sempre gera debates. Há quem considere a adoção internacional de grande valia para amenizar os aflictivos problemas sociais. Outros, no entanto, temem que se transforme em tráfico internacional ou, pior, que objetive a comercialização de órgãos. Mas a adoção tem como finalidade primordial atender ao aspecto da política social de proteção da infância, independentemente da nacionalidade dos sujeitos, porquanto o que interessa é construir uma família com todas as características psicossociais da família natural.

Vale lembrar que a adoção internacional é prevista constitucionalmente e o ECA passou a regulamentá-la de forma exaustiva.

No terceiro e último capítulo, pretende-se demonstrar a problemática “Perda de Uma Chance”, em que se busca esclarecer e despertar para o grande número de crianças que permanecem acolhidas e acabam por perder uma chance de ter uma família que verdadeiramente as querem diante da explícita impossibilidade de reintegração familiar, condenando essas crianças a nunca saberem o verdadeiro significado da palavra “família”.

O propósito do trabalho é trazer à tona a discussão sobre a análise da paternidade irresponsável, dentro de um contexto em que a criança fica colhida por tempo indeterminado na instituição de acolhimento sem que os pais demonstrem qualquer vontade efetiva de cuidar dos

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.494.

seus filhos. Assim, essa criança perde a oportunidade de ter uma família que verdadeiramente a queira ficando esquecida na instituição de acolhimento.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

Por fim, têm-se como objetivos específicos:

1. Abordar a necessidade do exercício do poder familiar em proveito dos filhos.
2. Demonstrar que os novos paradigmas trazidos pela Lei 12010/2009 torna necessária uma mudança de entendimento em que se deve priorizar a criança, como sujeito de direito, a ter uma família e não apenas a família biológica quando esta por egoísmo declara não aceitar colocar seu filho para adoção, entretanto o deixa em estado de abandono na instituição de acolhimento.
3. A necessidade de ter em mente que a demora na caracterização da irresponsabilidade dos pais biológicos e o passar do tempo para uma criança institucionalizada representa condená-la a perder a possibilidade de ter uma família e de um futuro promissor.

1 - O CUIDADO E O MELHOR INTERESSE COMO DIRETRIZES DE PROTEÇÃO

O conceito de cuidado de acordo com o Aurélio significa responsabilidade. Portanto, quem cuida de alguém, a priori, tem responsabilidade sobre ele.

Pereira *apud* Leonardo Boff³, define a terminologia cuidado da seguinte forma:

O que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, de zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.

³ PEREIRA, Tânia da Silva. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.363.

Numa concepção filosófica, Waldow *apud* Heidegger⁴ apresenta o conceito de “cuidado” como sendo “a essência do ser humano. O ser humano existe no mundo, através do cuidado. Ele inclui uma dimensão ontológica – é um modo de ser; sem ele, deixa-se de ser humano. O ser humano é um ser que deve cuidar de si e dos outros”.

Como registrado na própria definição apresentada por Heidegger, extrai-se a idéia do conceito de cuidado como base ontológica, ou seja, a coexistência entre os seres, onde estes vivem em estado de dependência uns dos outros, sem a qual não sobrevivem. Por isso, a idéia de “fazer pelo outro quando este poderia fazer por si ou não prover meios para que isso ocorra”.⁵

O cuidado também pode ser focado através de relacionamentos com bases tanto ontológicas quanto éticas. Nesse sentido, Waldow *apud* Noddings⁶ diz que:

Cuidar é se engajar em certos comportamentos que incluam dimensões éticas. Assim, ao focalizar comportamentos de cuidar através das interações humanas, conclui que os comportamentos de cuidar pode, e geralmente contêm conteúdo moral. Os elementos essenciais, que ela identifica nos relacionamentos de cuidar, incluem receptividade, reciprocidade e conectividade. Estes elementos são mais comumente encontrados na população feminina.

Portanto, a ética do cuidado⁷:

Enfoca a perspectiva contextualizada e engajada; assinala para o particular; focaliza o entrelaçamento e a ligação humana; privilegia relações comunitárias; diz mais respeito ao âmbito privado; repisa a importância da afetividade e das emoções; quer formar um bom caráter a partir de disposições interiores; ética da virtude ou de atitudes; mais feminina e feminista.

E, nesse contexto de ética, o autor apresenta um conceito de “cuidado” ao dizer que “o cuidado não é uma teoria, isto é, um conjunto de proposições e argumentações, mas uma orientação ética que enfatiza mais preocupações e discernimento, hábitos e tendências de

⁴ WALDOW, Vera Regina. *O cuidado na saúde: as relações entre o eu, o outro e o cosmos*. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p.20.

⁵ *ibidem*, p.20.

⁶ *ibidem*, p.20.

⁷ BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.179.

interpretação, seletividades e destrezas”.⁸ Por isso a ética está ligada mais à atitude ou caráter do que o comportamento ou ato correto da pessoa, onde prevalece a virtude, pois trata-se de valores morais, em que uma pessoa procurar cuidar da outra por questões de particularidade e fragilidade em termos de relações, o que difere da norma, já que esta se apresenta para tratar-se de ações justas e equânimes em respeito aos princípios da igualdade e da imparcialidade jurídica dos direitos.

Conforme Pereira⁹:

Ao cuidar ocorre um agir responsável; não é apenas fazer aquilo que satisfaz, mas, sim, ajudar a construir uma sociedade com bases éticas e morais. É um agir interativo que envolve, igualmente, atitudes e comportamentos fundados no conhecimento científico e na experiência, tendo como ferramenta o pensamento crítico para promover, manter e recuperar o ser humano em sua dignidade plena.

Ainda dentro do conceito de “cuidado” Waldow *apud* Nodding¹⁰ apresenta a idéia de cuidado natural e cuidado ético, nos seguintes termos:

[...] uma ação pode ser designada como ética somente quando a pessoa é forçada a escolher para agir moralmente contra desejos naturais. O cuidado natural, por sua vez, é um modo de ser. É um sentimento natural, um comportamento universal, um comportamento natural que pode ser identificado, por exemplo, entre mãe e filho.

Por fim, em relação ao conceito de cuidado, Oliveira¹¹ ensina que:

O cuidado tem diversos significados, como: aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento. O carinho, a solidariedade, o amor e a consideração são suas características, mas sobretudo o cuidado humano representa uma maneira de ser de se relacionar e se caracteriza por envolvimento o qual, por sua vez, inclui responsabilidade.

Todavia, para efeito de relações familiares, o conceito de “cuidado” não tem sido observado por algumas famílias. É claro e evidente que carinho, atenção, afeto não são sinônimos de posição social. Isso significa que não é porque a família é humilde que ela não apresenta condições para oferecer todas essas virtudes à criança, ao contrário, muitas das vezes ela se

⁸ BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *op. cit.* p.179.

⁹ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p.viii.

¹⁰ WALDOW, Vera Regina. *op. cit.* p.20-21.

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *op. cit.* p.92.

destaca no quesito cuidado, servindo de exemplo para muitas famílias com posições sociais mais elevadas. A mídia, inclusive, tem apresentado várias dessas famílias.

Logo, o fato de ser pobre, não impede a pessoa de ser pai ou mãe e, nem por isso, vai perder o poder familiar e ter o filho retirado como consequência.¹²

O fato é que, em princípio, a responsabilidade primeira de cuidar de alguém vem de sua própria família por questões mesmo de consanguinidade, ou seja, dos pais, dos avós, dos tios e por aí vai.

Esse cuidado por consangüinidade tem se mostrado insuficiente quando não há, por parte da família de origem, afeto e troca afetiva com seu descendente, acarretando o acolhimento institucional da criança o que gera muitos problemas de ordem afetiva, social, psicológica e, sobretudo, jurídica. Problemas esses que devem ser solucionados, pois o fim que se deve alcançar é o interesse da criança, haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana como previsto na Constituição Federal de 1988, cujo direito à convivência familiar e comunitária deve ser respeitado e garantido pelo Estado.

Não se pode esquecer que uma das fases mais importantes na formação do ser humano é a infância. É nessa fase da vida que o homem passa por um grande processo de desenvolvimento interno, onde tudo que lhe foi ensinado e vivenciado irá repercutir na sua fase adulta, positivamente ou negativamente. É nesta fase também, que os pais e as mães têm um papel de destaque e importância, uma vez que os seus filhos irão se desenvolver com o que lhes foi passado e ensinado. Surge daí a importância da proteção dos interesses da criança, pois uma má formação

¹² O ECA – Lei 8069/90 garante isso em seu art. 23, parágrafo único, que assim dispõe: “[...]A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Parágrafo único. 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”.

poderá ter consequências drásticas no futuro, podendo formar adultos com sérios problemas psicológicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹³ dispõe no seu artigo 3º:

Gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A criança deve ter os seus direitos básicos protegidos, como a educação, a saúde, o lazer, entre outros, e além destes ela deve ter dos pais o amparo emocional para uma boa formação, podendo com isso ter um desenvolvimento saudável e se formar para se tornar um adulto independente e preparado para as situações do dia-a-dia.

É nesse momento que o amor e o sentimento de união devem estar presentes, em especial o amor que une os pais e as mães aos seus filhos. Deve-se levar em consideração que esses sentimentos são de grande relevância na sociedade organizada. Sem sombra de dúvidas é o mais alto sentimento despertado na vivência do homem em comunidade.

Apesar da grande relevância desses sentimentos na formação do ser humano, não se discutia, até pouco tempo atrás, esta relevância na esfera jurídica. O fato é que o valor patrimonial sempre almejou destaque na legislação codificada.

O professor Cleber Affonso Angeluci¹⁴ cita a defesa da relevância do afeto, veja:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192&p=2>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

¹⁴ ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=930. Acesso em: 19 ago. 2013.

A existência do dano causado pela ausência afetiva durante a formação do menor pode gerar na sua fase adulta diversos problemas que irão refletir nas suas relações sociais, tais como: A falta de referências e padrões sociais, distorções na expressão de afetos, desorganização interna, instabilidade emocional, entre outros.

A Constituição Federal, no seu artigo 227 prevê o seguinte:

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.¹⁵

Sendo assim, o referido artigo representa um direito oponível não apenas ao Estado, mas a cada membro da família. Dessa forma, o pai que não presta a devida assistência afetiva ao seu filho desrespeita um dever de ordem moral, mas afronta também a ordem legal, inclusive uma norma constitucional.

Dessa forma os deveres dos pais não se restringem ao cunho material, como o dever de sustento, por exemplo, mas subsiste a responsabilidade de promover a formação emocional do filho, porque para o desenvolvimento completo do ser humano, a assistência moral é imprescindível.

O interesse e a proteção dos filhos menores advêm de uma necessidade natural, uma vez que o ser humano, durante a sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses. Diante da grande importância, o Estado tem intervindo submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle ao limitar esse poder, restringindo o uso e os direitos dos pais. Nesse sentido, há que se pautar na questão do melhor interesse da criança e o próprio STJ vem apresentando seu entendimento, onde se pode apresentar, a título de exemplo, a seguinte jurisprudência:

¹⁵ PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

Deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.¹⁶

Neste mesmo sentido:

AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR – VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS – PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA.

(...)

I – A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para dotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrados no referido registro;

II – É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sobre a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo.

III – Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora decorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maneira (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade o conseqüente vínculo de afetividade;

IV – Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente...¹⁷

Desta forma, quem poderá trazer as informações para o juiz (a preocupação de ver se a criança está em estado de abandono) sobre o estado de abandono ou não de uma criança é a equipe técnica da VIJ (Vara da Infância e Juventude), bem como a da entidade de acolhimento. Assim, essas equipes precisam ter em mente a diretriz do melhor interesse e não priorizar o vínculo consangüíneo simplesmente, que pode trazer prejuízo à criança, uma vez que a

¹⁶ BRASÍLIA. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.106.637. Min. Rel. Nancy Andrighi.

¹⁷ BRASÍLIA. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. Resp. 117206/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 1.3.10, DJe 14.4.10).

informação dada em seus pareceres servirão de base para o juiz dar uma decisão de acordo com o entendimento do STJ, tendo como base para uma destituição do poder familiar a própria Constituição da República em seu art. 227, quando os pais não cumprem o dever ali determinado.

2. OS NOVOS PARADIGMAS DA LEI 12010/2009

Com o advento da Lei n. 12010/2009, também conhecida como “Lei Nacional de Adoção”, houve uma modificação no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), assumindo como um novo paradigma o “acolhimento”.

Acolher, na visão de Pereira¹⁸, significa:

Assumir compromisso e responsabilidade, é dar carinho e aconchego; é ajudar a ser capaz de satisfazer as próprias necessidades, tornando-se responsável por sua própria vida. Para aquele que acolhe é, sobretudo, dar atenção integral, amparar e aceitar o outro de maneira absoluta; é ouvir, sem julgamento, mesmo que discorde; enfim, é estar presente para o outro, com generosidade e compreensão.

O problema surge justamente quando a criança, vítima de maus tratos por parte de seus genitores, é acolhida em entidade de acolhimento como medida de proteção. Esse acolhimento tem como um de seus princípios norteadores a responsabilização dos pais, ou seja, essa intervenção do Estado deve ter como objetivo fazer com que os pais assumam seus deveres para com aquela criança acolhida, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 100, IX: “responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente”.

O artigo 100, *caput* da citada lei deve sempre ser observado e acatado por parte daqueles que possuem o dever de cuidar da criança, principalmente quando se está em jogo o respeito à sua dignidade e proteção, senão vejamos: ”Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as

¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.p.371.

necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

E ainda o citado artigo e seu parágrafo único, inciso I traz o seguinte: “São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal”.

Já o inciso II diz que: “II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”.

Portanto, o que se pode extrair das normas apresentadas acima é que, em consonância ao artigo 227 da Constituição Federal de 1988, dois princípios se apresentam: o princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção integral. E a partir daí tem-se a ideia principal que é o interesse destinado unicamente à criança, pois é ela o ser que necessita de proteção e respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana.

Nesse sentido Bittencourt¹⁹ ensina que:

O fato mais relevante é que o abrigo só é lícito, por força do citado artigo constitucional, para resguardar interesses indisponíveis da criança. Esta medida não foi criada e não pode ser interpretada como um direito dos pais biológicos, ainda que em situação de pobreza, porque a norma tem como destinatária unicamente a criança. É ela que deve ser prioritariamente atendida, levando-se em consideração que se trata de um ser em formação e em situação de vulnerabilidade acentuada em relação a seus pais adultos. Veja-se que, pelo mandamento constitucional, a própria família é devedora do cuidado especial à criança e a existência de dificuldades econômicas não pode justificar a condenação de um ser inocente e indefeso a ser criado trancado em um abrigo pelos preciosos anos de sua infância.

Ainda na visão do mesmo autor²⁰:

A tentativa de exercer esse controle se opera com a eleição de valores importantes para o grupo social, que passam a merecer a proteção legal, ganhando a partir desta previsão

¹⁹ BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia, da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47

²⁰ *ibidem*, p. 45.

legislativa o *status* de bem jurídico, ou seja, objeto da tutela legal. Pode-se dizer que o Direito pressupõe a escolha de bens jurídicos através da edição de leis, cujo fito é protegê-los, tutelá-los. A lei manifesta um cuidado obrigatório com estes valores, que vai vincular a conduta de diversos atores sociais mobilizados na garantia de sua proteção efetiva.

Uma parcela de pais, apesar de oportunizada inclusão em programas de auxílio à família, auxílio a tratamento a alcoólatras e toxicômanos, tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, abandonam seus filhos na instituição, não fazendo visitas regulares, bem como não acompanhando o desenvolvimento deles na entidade de acolhimento, mas quando está para ocorrer à destituição do poder familiar, e possibilidade de adoção, simplesmente chegam à audiência perante o juiz e dizem que não aceitam dar o filho em adoção. Chegam a prometer que irão cumprir as orientações da equipe técnica da instituição de acolhimento, bem como da equipe técnica da Vara de Infância e Juventude competente. Essas promessas feitas por estes pais acabam não sendo cumpridas, o que acarreta a permanência da criança no acolhimento e a mesma situação negligente se perpetua em prejuízo da criança.

Assim, esse pai e mãe (Ou apenas um dos genitores, quando um deles desconhecido ou falecido) que saem da audiência judicial e não retornam na entidade de acolhimento a fim de acompanhar o desenvolvimento de seu filho, estão demonstrando total desinteresse em se responsabilizarem pelos cuidados necessários a formação deste filho.

Neste caso foi priorizada a família biológica em detrimento do principal interesse da criança, uma vez que não é possível aguardar indefinidamente o êxito de uma futura reintegração familiar, pois configurado está o abandono por parte da familiar biológica. Tal realidade faz com que a criança seja duplamente vitimizada, pois sem a destituição familiar, não pode ser colocada para adoção, o que faz com que o passar do tempo milite a seu desfavor, pois a afasta da faixa preferencial de adoção.

Nesse ponto assevera Bittencourt²¹ que:

Uma ocorrência interessante e comum é o senso comum de que a mãe biológica que visita o filho abrigado com alguma frequência mantém uma relação apta a “manter os vínculos familiares”, sendo que neste caso a destituição do poder familiar seria inviável por existirem laços de afeto que o justificam. Nestes casos, os atores sociais incumbidos de solucionar a situação da criança, evitando seu abandono e institucionalização, devem se debruçar com afinco sobre as reais possibilidades de reintegração familiar, inserindo a mãe nos programas sociais existentes ou valendo-se da atuação judicial para garantir o apoio necessário ao retorno da criança ao lar.

Diante desse quadro, se os pais não cumprem o art. 22 do ECA: “ Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”, que envolve cuidado e responsabilidade com seu filho, o juiz tem a base legal para destituir do poder familiar.

Nesse sentido Bittencourt²² traz uma importante interpretação ao afirmar que:

[...], reconhecendo-se que há situações em que a criança necessita ser retirada de seu seio familiar em função de existir algum risco a direito indisponível seu, deve ser permitido seu abrigamento provisório para que o risco seja eliminado e ela possa voltar ao seu lar ou, em casos em que esta volta não seja possível, que lhe seja reconhecido a direito a uma família substituta, preferencialmente via adoção.

O inciso X, do artigo 100 do ECA traz um outro importante princípio ao estabelecer que: “[...] X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta”.

Esse dispositivo trata de um princípio cujo objetivo é fazer com que haja prevalência da família natural ou extensa em detrimento de outras. A ideia é tomar certas medidas a fim de que a criança possa permanecer no seio de sua família biológica através de programas de reintegração,

²¹ BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia, da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (Coord.). *op. cit.* p.51.

²² *Ibidem.* p.47.

no sentido de evitar a adoção por outras famílias, assim como sua permanência em entidades de acolhimento. Até mesmo porque, conforme Bittencourt²³:

[...], a despeito da clareza do texto constitucional, o abrigo tornou-se uma medida vulgarizada, exercida sem controle estatal, não sendo eficientes em escala nacional qualquer atuação judicial ou do Ministério Público para reverter este quadro dramático de institucionalização indiscriminada de crianças e adolescentes. São milhares de crianças brasileiras abrigadas por anos a fio, sem ter direito a viver em família e ter uma criação personalizada. O tempo de abrigo é indeterminado e a experiência tem demonstrado que a criança tende a ser visitada pela família biológica nos primeiros meses de abrigo e depois vai permanecendo esquecida, crescendo e se formando psicologicamente em ambiente coletivo, sem incentivos a sua auto-estima, nem a sua constituição de caráter ou educação.

Como se não bastasse o abandono da família, ainda existe o fator idade, onde, como é sabido, a infância dura doze anos, cujo tempo é de grande relevância para a formação do ser humano e a falta de se constituir uma família que possa lhe dar apoio, educação, proteção, enfim, cuidado, acaba por configurar-se em sua “morte civil”, varridas para de baixo do tapete da sociedade, sem esperança que as instituições responsáveis por sua tutela tenham sequer consciência de sua existência”.²⁴

Portanto, as normas que regem o novo paradigma trazido pela Lei de Adoção que é o instituto do acolhimento são de grande valia para a população infantil que necessita de ajuda para sobreviver, todavia, não se pode esquecer a importância de se evitar que uma criança seja acolhida em instituições ou abandonada pela sua família natural ou extensa perca a chance de se ter uma família a qual possa lhe proporcionar dignidade e proteção.

Não se pode esquecer que a adoção, conforme Farias, “é gesto de amor, do mais puro afeto. Afasta-se, com isso, uma falsa compreensão do instituto como mera possibilidade de dar um filho a quem não teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração

²³ *Ibidem*, p.47.

²⁴ BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia, da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (Coord.). *op. cit.* p.47.

da procriação pelo método sexual”.²⁵ Logo, vai muito além da lacuna deixada pela Biologia. “É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor”.²⁶

Na verdade, é um processo de escolha, um pai, uma mãe ou os dois procuram uma criança para que possa tê-la como filha e, com isso, formar uma família ou tê-la como mais uma filha a fazer parte de seu núcleo familiar.

Como muito bem explica Farias²⁷:

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do poder Judiciário.

Através da adoção, tem-se a ideia de que é através dela que, verdadeiramente, se tem a noção de ser um verdadeiro pai, pois constitui-se como elemento definidor da paternidade, o que não é muito garantido pelo pai biológico.

Na adoção, o pai só o será se desejar o filho, ou seja, se de fato o adotar. “É a filiação em sua mais pura essência, pois estabelece um parentesco eletivo, decorrendo de um ato de afeto e solidariedade”.²⁸

²⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.962.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

3. A PERDA DE UMA CHANCE DE SE TER UMA FAMÍLIA

A perda de uma chance, segundo, Nelson Rosenvald, significa “uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade”.²⁹

Partindo da premissa de que a oportunidade subtraída à criança é, em si mesma, um bem jurídico atual e certo, o qual seria a chance de ser adotada e, com isso, ganhar uma nova família, poderia ser classificada como uma subespécie de dano emergente, onde o bem perdido está justamente no fato de uma oportunidade já existente, mas perdida.

Nesse sentido, a criança acaba por ser condenada, em razão da perda irreparável, a não conhecer o amor de uma família, porque foi dada prevalência aos pais biológicos irresponsáveis que na maioria das vezes quando a criança chega à fase da adolescência a abandona por completo e atualmente muitos acabam levando uma vida à margem da sociedade.

No capítulo anterior estudou-se a importância da reintegração da criança ao seio de sua família natural, bem como na falta desta, na ausência dela ou até mesmo no abandono, o seu acolhimento em uma instituição.

Ocorre que a permanência da criança e adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, conforme prevê o art. 19, §2º do ECA.³⁰

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família*: utilizar com moderação. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?congresso&evento=6&anais>. Acesso em: 12 jan., 2013.

³⁰ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

A Desembargadora Conceição Mousnier, coordenadora da CEJA/TJRJ, dizia em suas palestras de capacitação do Plano Mater³¹ para as equipes interdisciplinares das Varas da Infância e Juventude e das entidades de acolhimento do Estado do Rio de Janeiro, no período de 06 de setembro de 2009 a 07 de outubro do mesmo ano que “contra elas (crianças acolhidas) milita o inexorável passar das horas, das semanas, dos meses, dos anos, afastando-as da faixa preferencial de adoção, até que aos dezoito anos são desligadas do abrigo e colocadas tardiamente no mundo, com baixa-estima, baixa escolaridade, despreparadas, e com grande chance de repetir a triste história dos pais, e o ciclo perverso está completo”.

Assim, a grande preocupação dos operadores do direito e das equipes técnicas deve ser que o tempo não pára para a criança. Cada um dos profissionais citados tem sua casa, sua família, mas a criança é quem fica na entidade de acolhimento.

Com a evolução da sociedade, surgiu o vínculo paterno-filial, ou seja, a adoção, que tem como fator determinante a vontade, o sentimento de solidariedade, altruísmo e *afetividade*, resultante não exclusivamente da apreciação unilateral do adotante, mas também da empatia que se estabelece entre os dois, adotante e adotado.

Nem sempre o sangue foi o critério determinante do vínculo, pois nesse tempo a filiação legítima somente alcançava o casamento, interessante mencionar que o filho adulterino *a matre*, era pela presunção *pater is est*, legítimo e obtinha status de filho legítimo, já o filho adulterino *a patre*, não obtinha mesmo que o vínculo biológico existisse.

³¹ O Plano Mater idealizado é um plano de ação do TJRJ o qual teve como finalidade garantir às crianças e adolescentes o direito a convivência familiar e comunitária. Assim, por meio de audiências de avaliação de seis em seis meses denominadas Audiências Concentradas se busca a reinserção de crianças e adolescentes institucionalizados na família biológica ou substituta. (Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena - Desembargadora da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/ceja>. Acesso em: 15 jul. 2013.)

Para se chegar à idéia central do que é verdade afetiva se faz necessário colocar a diferença entre pai e genitor, embora estejamos acostumados a dizer que o pai ama naturalmente seu filho.

Vários estudiosos sobre o assunto, tanto juristas quanto médicos, descreveram sabiamente a diferença do “ser pai”, “querer ser” e “estar pai”.

Segundo Bernard This³²:

Depois da fecundação, o indivíduo portador de genes pode desaparecer; transmitiu o ‘germe’ que seu corpo veiculava. Enquanto ‘genitor’, não é mais necessário, sua tarefa está cumprida”. Sobre a função de pai explana, “a paternidade está ligada ao problema da adoção já que, genitor ou não, adotamos nossos filhos. Eles também nos adotam: É o meu papai, é a minha mamãe. O pronome possessivo nessa frase exerce uma função bem precisa, já que aquele que fala não é apenas um mamífero vertebrado, mas se revela submetido aos efeitos da palavra.

Por parte dos adotantes, enfatiza-se o papel da verdade afetiva em contraposição a verdade biológica, pois como vimos a verdadeira filiação advém da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos independente da origem biológica.

Assim sendo, priorizar um poder familiar sanguíneo irresponsável, ao invés de destituí-lo, em detrimento da criança ser disponibilizada à adoção por meio do Cadastro Nacional de Adoção, é fazer com que esta criança perca a chance de ter uma verdadeira família, de conhecer que é ser sujeito de direitos, nos termos do artigo 100, I, da Lei 8069/90.

CONCLUSÃO

As crianças colocadas para adoção são apenas as que foram abandonadas, mas também as que não têm pais conhecidos ou são mal tratadas por seus pais biológicos.

Lamentavelmente, ao inverso do que preconiza o artigo 101, inciso VII e parágrafo único

³² THIS, Bernard. *O pai: ato de nascimento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987. p.15.

do ECA, o que se constata é que tal medida, originalmente de caráter protetivo - e absolutamente necessária em algumas situações - acabou por se tornar, em um número de casos bem mais significativo que o desejável.

O problema maior é que após serem acolhidas, as crianças são esquecidas por seus familiares que sequer as visitam, mas também não abrem mão do poder familiar.

A princípio, pode-se colocar a adoção como um instrumento emergente para proporcionar uma família substituta para crianças e adolescentes institucionalizados que estejam de fato abandonados.

Entretanto, deve-se antes de mais nada combater as verdadeiras causas do problema, quais sejam: a má distribuição de renda, saúde e educação precárias.

Daí a importância dos governantes se colocarem à frente na execução da Política de Proteção Integral, pois a ausência de programas sociais executados de forma articulada, que atendam às famílias e indivíduos prevenindo a colocação de crianças e adolescentes em acolhimento tornam o motivo da entrada no programa sem previsão de modificação, ou, pior, adicionam fatos, motivos, problemas, perda de vínculos, determinando a permanência prolongada no programa.

É atribuição das entidades que executam o programa de acolhimento a preservação dos vínculos familiares e, para tal, a instituição deve efetivar formas as mais variadas, seja através da intervenção de profissionais habilitados junto às famílias, seja facilitando e aproveitando as visitas de parentes para estudos e intervenções.

O objetivo a que este trabalho se propõe é o de buscar fortalecer o consenso quanto à primazia da convivência familiar, à necessidade de que os programas se estruturam de forma a garantir a excepcionalidade e a provisoriedade da medida de acolhimento e que, na transição para o retorno à família de origem ou colocação em família substituta, possam as crianças e os

adolescentes virem cumpridos, para si, cada um dos incisos dos artigos 94 do ECA.

Há de ser relevado que adoção é a oportunidade que muitos indivíduos têm de serem felizes e realizados. É a oportunidade para aquele que comprovadamente não tem condições de permanecer em sua família de origem e estava fadado a crescer em uma entidade de acolhimento.

Há de ser considerado que o trabalho realizado pelos profissionais ligados ao processo de adoção deve ser extremamente minucioso e responsável, pois como dito anteriormente a adoção é irrevogável e, feita de forma arbitrária pode trazer prejuízos irreparáveis para o adotando. O adotado não é uma mercadoria que se possa devolver, é um ser humano, que como tal, é movido por sentimentos, bons ou ruins, que também independem se provém ou não de uma adoção.

No que diz respeito à adoção internacional a CEJA – Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, órgão que apresenta relatório anual sobre adoção, mostra, através da estatística, que nem tudo está perdido na vida de uma criança abandonada, seja através de adoção aqui no Brasil seja no exterior. Segundo esse órgão, em relatório no ano de 2010, vinte e seis crianças e adolescentes foram para adoção internacional, entre estes, houve dez grupos de irmãos, na faixa etária de 02 a 12 anos.

E a adoção internacional tem uma grande importância para as crianças, no que se refere à pretensão ao perfil delas como preferência pelo adotante, pois, conforme relatório de 2012 apresentado pela CEJA, tais crianças possuem idade superior à dez anos e grupo de irmãos.

O que se pode perceber com base nos relatórios apresentados é que, de fato, o que se deve observar é, justamente, a chance da criança em se obter uma família que possa lhe proporcionar o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, sobretudo, poder conviver e viver com alguém que lhe dê carinho, amor, atenção e formação, seja através de uma adoção nacional seja internacional, não importa. O que importa é que a criança seja adotada e não perca a chance de ser feliz, de ter um pai, uma mãe ou os dois e que ambos, reciprocamente, possam um cuidar do outro. Até

mesmo porque hoje quem cuida são os pais adotivos, amanhã podem vir a serem eles por meio do adotado.

Diante de todas essas considerações, o que de fato importa é o bem estar seja da criança, seja do adolescente, seja no aconchego da família biológica, seja em um lar substituto cheio de carinho, ou até mesmo em uma entidade de acolhimento onde principalmente os adolescentes que não são adotados com tanta frequência, possam crescer e se superar na vida, e, mais tarde, proporcionar um futuro digno para si e para seus filhos.

A adoção é uma boa oportunidade para as crianças abandonadas, mas não é a única. Só é válida quando realizada com base em sentimentos verdadeiros, de pais para filhos.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>>. Acesso em 30 set 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?congresso&evento=6&anais>. Acesso em: 12 jan., 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Civil na relação paterno-filial*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192&p=2> >. Acesso em: 20 nov 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008

RIO DE JANEIRO. CEJA (Comissão Estadual Judiciária de Adoção). Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/ceja>. Acesso em: 15 jul. 2013.)

TERRA dos Homens (Org.). *Cuidar de quem cuida: reintegração familiar de crianças e adolescentes em situação de rua*. Rio de Janeiro: Book Link, 2002.

THIS, Bernard. *O pai: ato de nascimento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.

WALDOW, Vera Regina. *O cuidado na saúde: as relações entre o eu, o outro e o cosmos*. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.