

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
MESTRADO EM DIREITO

DANIELE GOMES DE MOURA

***DO ABANDONO AFETIVO À ADOÇÃO UNILATERAL: RESPOSTAS
JURÍDICAS ALIENAÇÃO PARENTAL?***

Rio de Janeiro

2011

DANIELE GOMES DE MOURA

**DO ABANDONO AFETIVO À ADOÇÃO UNILATERAL: RESPOSTAS
JURÍDICAS ALIENAÇÃO PARENTAL?**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
no curso de pós-graduação da Universidade
Estácio de Sá.

**ORIENTADORA PROFESSORA DOUTORA ALESSANDRA DE ANDRADE
RINALDI**

Rio de Janeiro

2011

TERMO DE APROVAÇÃO**DANIELE GOMES DE MOURA****DO ABANDONO AFETIVO Á ADOÇÃO UNILATERAL: RESPOSTAS
JURÍDICAS ALIENAÇÃO PARENTAL?**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no curso de pós-graduação da Universidade Estácio de Sá, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr(a): (orientadora) Alessandra de Andrade Rinaldi

Prof. Dr.: Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Prof. Dr(a) Carly Barboza Machado

Rio de Janeiro
2011

Aos meus pais, Vanir e Helena, meu referencial de afeto, amor e cuidado, exemplos de pais e filhos. Aos meus filhos amados, Marcelo e Pedro, cuja presença, sorrisos e abraços me fazem falta diária. Aos meus irmãos, Marcelo Adolfo (in memoriam) e Alessandro, a saudade mais doce da infância. Meus sobrinhos, Marcelo Adolfo Filho, Daniel e Camilla, amor construído fora de mim. As minhas avós, Ilda (in memoriam) e Thomazia, mulheres fortes e guerreiras. Meus avôs, Adolfo (in memoriam) e Heitor, bondade e sabedoria. Minhas queridas tias, Paulina, Nazinha, Fátima e Regina, sinônimos de apoio, carinho e ajuda na construção e realização deste sonho. Meu eterno amor e gratidão à todos. Enfim, dedico esta dissertação aos componentes desta linda família da qual tenho a honra de ser parte.

AGRADECIMENTOS

Ao bom Deus, por me dar forças, diariamente, para conseguir ficar longe de minha família e acreditar nesta escolha de vida. Aos primeiros amigos, Ana e Soraya, companheiras nesta caminhada acadêmica. Aos adoráveis, Fábio e Paulo Roberto, fonte de simpatia e atenção. Ao pessoal de apoio, auxiliares da limpeza e da segurança, sempre sorridentes e cordiais. À professora Renata Braga por sua simpatia e alegria, deixando sua porta aberta e de uma forma especial nos apoiar. Aos queridos professores que ultrapassaram a missão e transmitiram o conhecimento, que sou muito grata, como grandes mestres. O meu especial e eterno agradecimento ao professor Grandinetti, exemplo de ética, compromisso e amor, a quem jamais vou esquecer. Às Juízas, Dra^s. Cristiana Cordeiro e Mônica Labuto, titulares das Varas da Infância, Juventude e Idoso das Regionais de Santa Cruz e Madureira, respectivamente, pelo apoio e cordialidade recebidos. Como também aos funcionários do cartório e às equipes técnicas, que facilitaram o acesso aos dados dos processos, revelando a importância da colaboração de todos os envolvidos para a realização deste trabalho. À FAPERJ, que mesmo não havendo participado na qualidade de bolsista, possibilitou a efetivação do projeto de pesquisa do qual esta dissertação é embrionária. E a minha querida orientadora, professora Alessandra Rinaldi, exemplo de mestra e amiga. Esta dissertação é sonho que você ajudou a construir, a alimentar e que acabou sonhando junto. Sua presença foi à mão que conduziu a minha na elaboração deste trabalho. Acredito em anjos e creio que cada um aqui citado faz parte de um projeto de amor de Deus e em nome dele agradeço eternamente a valiosa contribuição. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho começou a ser desenvolvido durante a coleta de dados do projeto de pesquisa “Genetização do Parentesco.” Como o Judiciário no desempenho da jurisdição, nas varas da infância e juventude, estariam tutelando o *direito à convivência familiar e comunitária* de jovens e o papel dos técnicos judiciais ao reproduzirem os discursos dos requerentes para uma linguagem recorrente e “comum.” Comum no sentido de parecer igual para todos. Sendo assim, apreender com as ações de *adoção unilateral*, através de um olhar sensível e compreender, como o judiciário, responde, em tempo de incertezas conjugais, sobre os rumos da vida de um infante.

Assim deparou-se com dois pontos da temática, *abandono afetivo* e *alienação parental*, ou seja, os discursos produzidos durante as entrevistas reproduziam como motivo do pedido para adoção a possibilidade de um abandono voluntário do genitor não guardião possivelmente mascarando que a atitude do não guardião pudessem advir como uma resposta à *alienação parental*, dito de outra forma, pós dissolução conjugal e as tentativas frustradas de convivência com o infante ou adolescente a resposta aos obstáculos produzidos pelo genitor guardião desembocaram na decisão de deixar de visitar, abandonar o filho. A resposta é para o outro, mas a principal vítima é a criança.

Palavras Chave – Direito à convivência familiar e comunitária. Abandono afetivo. Alienação parental.

RESUMÉ

Ce travail a commencé à être développés au cours de la collecte des données du projet de recherche "genetization de parenté." Comme le pouvoir judiciaire dans l'exercice de la compétence, dans la colle de l'enfance et la jeunesse, serait de défendre le droit à la vie familiale et communautaire et le rôle des jeunes techniciens juridiques à reproduire les discours des candidats à une langue récurrents et "commun". politiques afin de comparer les mêmes pour tous. Par conséquent, pour comprendre l'adoption de mesures unilatérales, à travers une compréhension sensible et, comme la magistrature, répond en période d'incertitude matrimonial sur le sens de la vie d'un nourrisson.

Viens à travers deux points de la thématique, l'abandon affectif et l'aliénation parentale, ou les discours prononcés au cours des entretiens reproduit dans les motifs de la demande à la possibilité d'adopter un abandon volontaire de la tutelle parentale ne peut masquer l'attitude de la non-gardien pourraient se produire en réponse à l'aliénation parentale, en d'autres termes, après la dissolution du mariage et les échecs de la vie avec l'enfant ou adolescent à la réponse obstacles produites par le parent gardien se jette dans la décision de cesser de visiter, laisser l'enfant. La réponse est à l'autre, mais la principale victime est l'enfant

Mot-clé – droit à la convivialité familiale et communautaire, abandon affectif et aliénation parentale

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO 1 DO CÓDIGO DE MENORES (1927) AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (1990)	21
1.1O olhar punitivo sobre a infância e adolescência no Brasil	21
1.2Da punição ao cuidado	31
1.3Direito à convivência familiar e comunitária: um direito fundamental da criança e do adolescente	33
1.4Breves relatos de decisões jurídicas envolvendo o direito à convivência familiar e comunitária.	35
CAPITULO 2 NOTAS SOBRE UM COMPLEXO DEBATE SOCIOLÓGICO E JURÍDICO SOBRE FAMÍLIA	39
2.1A família: composição e concepções - Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002.	40
2.2Princípios constitucionais norteadores das relações familiares no Brasil	46
2.2.1A dignidade humana e o Direito de Família.	48
2.2.2O princípio solidarista aplicado ao Direito de Família.	51
2.2.3O princípio da afetividade e a abertura de novas famílias	52
2.3Os modelos constitucionalmente previstos de família e suas limitações frente à realidade social.	55
2.4O direito à convivência familiar e comunitária frente ao direito de afeto no cenário jurídico brasileiro contemporâneo.	62
2.5Tentativas de reformulação do Direito de família: a lei da alienação parental	64
	65
CAPITULO 3 ABANDONO AFETIVO E OS DIREITOS PARENTAIS	
3.1Infância e juventude: as atribuições jurídicas impostas à família, à sociedade e ao Estado.	65
3.1.1Limites normativos entre os deveres da família, da sociedade e do Estado.	68
3.2Conteúdo das funções parentais: assistência, criação e educação dos filhos	71
3.3As diversas modalidades de abandono no direito pátrio e as sanções em casos de descumprimento das responsabilidades parentais	73

3.3.1As modalidades de abandono e suas causas	74
3.4A essência do cuidado no Direito	76
3.5Abandono afetivo	78
3.6Alienação parental (AP)	80
3.6.1Decisões judiciais anteriores a Lei da Alienação Parental.	83
 CAPITULO 4 ADOÇÃO UNILATERAL: UMA RESPOSTA JURÍDICA À PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL?	87
4.1Adoção no cenário jurídico brasileiro: um breve histórico	87
4.1.1Adoção unilateral e suas especificidades	91
4.2Apresentação do Projeto de Pesquisa Genetização do parentesco	94
4.3Descrição e Análise dos Processos	96
4.3.1Razões para que uma adoção unilateral seja ou não deferida: o perito e seu poder	96
4.3.2Os motivos para a adoção: do ponto de vista dos adotantes.	109
4.4Multiparentalidade: por um direito inclusivo para os casos de famílias reconstituídas.	115
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

No Brasil, no ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou e decidiu em sede de *Recurso Especial*¹ um caso que colocava em voga a relação entre pai e filho. Os motivos alegados, extraídos da leitura do próprio recurso, decorrem da violação do *direito à convivência familiar e comunitária*.²

É pertinente esclarecer que sobre o tema, antes da decisão do tribunal superior, teve-se notícia de três ações: uma em Capão da Canoa no Rio Grande do Sul, outra em São Paulo, mas a primeira³ a chegar até o STJ foi proveniente do Estado de Minas Gerais escolhida como base para esta análise.

O recurso derivado de uma *ação de indenização por danos morais* originária da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte foi julgada improcedente. O autor, A.B.F., não satisfeito com a decisão do Juiz Monocrático recorreu para o Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O desembargador, relator da Apelação Cível n. 408.550-5 reformou a sentença do Juiz *a quo* produzindo um novo entendimento quanto ao pedido indenizatório. O referido recurso chegou até as vias do Superior Tribunal de Justiça.

V.P.F.O., pai do rapaz e autor do recurso especial, sustentou durante apresentação do caso de que não havia mais possibilidades de manutenção da convivência com A.B.F. em virtude das atitudes da genitora, sua ex companheira.⁴ Extraí-se dos autos:

O genitor, a seu turno, **esclarece** ser a demanda **resultado do inconformismo da mãe** do recorrente com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar. Aduz ter até maio de 1989 visitado

¹ O Recurso Especial (Resp) é o meio processual que tem por objetivo preservar a autoridade da lei Federal no País e uniformizar o seu entendimento. É admissível o (Resp) contra acórdãos de tribunais que, em decisão de única ou última instância, contrariarem ou negarem violência a tratado ou lei federal; julgarem válida lei local contestada em face de lei federal; ou derem a esta interpretação diferente de que lhe tenha dado outro tribunal. In NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

² Os nomes dos autores do recurso foram suprimidos por suas iniciais para resguardar suas identidades mantendo-se assim em conformidade com o princípio do segredo de justiça.

³ “A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento do STJ”. In BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Resp**. 757.411. Recorrente V. de PF de OF. Recorrido: ABF. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de maio de 2010.

⁴ O genitor, neste argumento, suscita as hipóteses elencadas no art. 2 da Lei da *Alienação parental*. Comentadas nos próximos capítulos.

regularmente o filho, trazendo-o em sua companhia nos finais de semana, **momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meio-irmã, tornaram a situação doméstica durante o convívio quinzenal insuportável.** (grifo nosso).

O rapaz, depois de adulto, consciente do quanto havia sido prejudicado pela não convivência com seu pai por sua vez alegou que:

(...) desde o divórcio de seus pais em 1987, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, por ele foi descurado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Aduz não ter tido oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã, além de **ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação.** (grifo nosso)

No exposto dá-se notícia de parte dos fatos alegados pelo autor da ação de indenização por danos morais, A.B.F., que demonstra sua tristeza em ter sido privado não só do convívio com o genitor como também de sua meia irmã.

Na condução do Recurso, ficou acordado que o Estado, por meio do Poder Judiciário, não teria como acionar dispositivos legais que tivessem por objetivo obrigar um pai a amar, ou até mesmo a conviver com sua prole.

Extrai-se tal afirmação do trecho exposto abaixo, parte do voto do Ministro Fernando Gonçalves, através do qual o mesmo desqualifica a *ação de indenização por danos morais* em virtude do *abandono afetivo*⁵.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil.

[...]

Assim situações anteriormente tidas como ‘fatos da vida’, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do

⁵ Durante o processo, tanto o autor quanto o próprio STF, referiam-se a esta forma de abandonar como abandono moral. Estariam fazendo estrita referência em razão de a ação versar sobre indenização por danos morais? Após o julgamento, os doutrinadores em consenso, re-nomearam esta espécie de abandono para *abandono afetivo*. Mais uma vez infere-se que esta referência deve ser em consequência da decisão ofertada pelo STF, e acima mencionada, para a ação: – “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar a alguém a amar”, ou seja, que não cabe ao Judiciário interferir na vida dos indivíduos por falta de afeto.

Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

[...]

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. (grifo nosso)

Concordaram com o voto do relator os Ministros Aldir Passarinho Júnior, Cesar Asfor Rocha e Jorge Scartezzini, com exceção do Ministro Barros Monteiro, que assim votou:

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o **quantum** devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral; ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. Por essas razões, rogando vênha mais uma vez, não conheço do recurso especial.

A falta de consenso no voto dos eminentes magistrados indica que persiste alguma perplexidade quanto ao tema. Outro dado que deve ser levado em consideração é que, mesmo após o Superior Tribunal de Justiça haver decidido sobre o não cabimento do pedido indenizatório por *abandono afetivo* a sociedade, em busca de uma resposta à questão continuam procurando o Judiciário. Em função dessa e de outras lacunas no entendimento de solução para tão grave dilema, várias leis vêm sendo criadas na tentativa de resguardar o *direito à convivência familiar e comunitária* tentando assim, combater os supostos casos de abandono de crianças e adolescentes.

Em agosto de 2010 aprovou-se a Lei n. 12.318, conhecida como a *Lei da Alienação parental*. A referida Lei, segundo seus fundamentos, tem por escopo prevenir ou mitigar condutas que visem prejudicar o *direito fundamental à convivência familiar e comunitária*.⁶ Acrescentaram-se informações sobre o que é e o que pode ser considerado como alienação;⁷ Quais as modalidades de *alienação parental*, bem como

⁶BRASIL, Lei n. 12.318 de 2010 que dispõe sobre a *alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm acesso em: 20 de dezembro de 2010.

⁷ Encontra-se no artigo 2º da referida Lei o que será considerado para os operadores do direito como *alienação parental*, a saber: Considera-se ato de *alienação parental* a interferência na formação

que ações podem conduzir a sua ocorrência;⁸ Apresenta-se critérios de averiguação de seus indícios e quais as medidas que devem ser tomadas pelo juiz com o fim de inibir tal prática.

Segundo o escopo doutrinário dessa lei alienar uma criança ou adolescente de seus pares, fere o direito fundamental à convivência familiar e comunitária. É o que se depreende do art.2. **A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável**, constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.⁹(grifo nosso).

Na mesma linha, merece reflexão o Projeto de Lei nº 2285/07, de iniciativa do Deputado Sergio Barradas Carneiro, que tem por objeto promover uma ampla reforma no *direito de família*, buscando soluções para os conflitos das demandas judiciais, com base nos valores jurídicos do “afeto, do cuidado, da solidariedade e da pluralidade”¹⁰.

Tanto a doutrina quanto a lei tem procurado tratar sobre o tema. Merecendo informar, além do Código Civil (CC) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei no. 11.698/08, conhecida como *Da Guarda Compartilhada*¹¹, de iniciativa do Deputado Tilden Santiago, que instituiu no ordenamento brasileiro a previsão de um modelo de guarda, diferente do usual¹², modificando assim, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (CC), com o fim de oferecer aos infante-juvenis o *direito de convivência familiar e comunitária* pós rompimento da sociedade conjugal. Sobre tais modificações tecerão comentários posteriores.

psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Lei n. 12.318 que dispõe sobre a *alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. acesso em: 26 de janeiro de 2011.

⁸ Encontra-se elencados no parágrafo único do mesmo artigo quais são as formas de alienar uma criança ou adolescente. Acrescenta-se que estas formas são exemplificativas podendo ser admitidas outras não contempladas. Lei n. 12.318 que dispõe sobre a *alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. acesso em: 26 de janeiro de 2011.

⁹ BRASIL, Lei n. 12.318 de 2010 que dispõe sobre a *alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm acesso em: 20 de dezembro de 2010.

¹⁰BRASIL, Projeto de Lei (PL) n. 2.205 de 2007 que dispõe sobre o *Estatuto das Famílias*. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf . Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

¹¹O art. 1.583 oferece o conceito de guarda compartilhada como **a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto**, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (grifo nosso). BRASIL, Lei n. 11.698 de 2008 que dispõe sobre a Guarda Compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2010.

¹² A redação anterior da referida legislação só previa um modelo de guarda, neste caso a guarda unilateral.

Destacam-se ainda, dos artigos acima, a definição dos dois modelos legais de guarda, neste caso a guarda unilateral e a guarda compartilhada, bem como quais os requisitos que devem ser observados para o seu deferimento. Encontrando-se em conformidade com o preceituado pelo *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*¹³. A leitura desse inciso acaba por inferir um suposto *direito ao afeto*¹⁴ conferindo ao mesmo, o *status* de valor jurídico¹⁵. A inserção das palavras *afeto* e *afetividade* ofereceram um parâmetro jurídico diferenciado para a decretação da guarda.

Não se pode negar que a modificação oriunda da *Lei da Guarda Compartilhada* é um marco jurídico para o reconhecimento, tanto de novos modelos de guarda quanto para a concepção de uma categoria até então subjetiva, do afeto, concedendo-se a este um valor pretendido pela seara jurídica. Conforme Dias¹⁶, inexistia no ordenamento pátrio, tanto infraconstitucional quanto na esfera constitucional, qualquer menção ao mesmo. Tudo era construção doutrinária a esse respeito.

Nesta seara promulgou-se a Lei 12.010/09, mais conhecida como a *Lei Da Adoção*. Esta Lei alterou os ordenamentos, a saber: o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho, no que se refere à adoção de crianças e adolescentes.

O interesse do legislador foi o de assegurar a todas as crianças e adolescentes o direito fundamental à *convivência familiar e comunitária*, como se pode compreender do que se extrai do primeiro artigo: “esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#), Estatuto da Criança e do Adolescente.”¹⁷

¹³ Este princípio aduz que quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso de dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições. In PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2 ed. rev. e atual.- Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.46.

¹⁴ A entrada do princípio da afetividade como delineador das relações familiares levou ao entendimento de um suposto direito ao afeto que após a decisão do STJ, no caso apresentado de indenização por danos morais em decorrência do abandono do genitor paterno, informou que não cabe ao Judiciário a tarefa de impor amor. Cabendo a este somente referendar as relações advindas do afeto.

¹⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 52.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.66.

¹⁷ BRASIL, Lei 12.010 de 13 de agosto de 2009 que dispõe sobre o instituto da adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2011.

De acordo com Venceslau¹⁸, todas as medidas legais acima decorrem da responsabilidade atribuída ao Estado para assegurar a efetivação dos direitos previstos na Carta Constitucional brasileira de 1988. O *direito á convivência familiar e comunitária* encontra-se regulamentado no artigo 227 da Carta de Outubro:

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.¹⁹
(grifo nosso)

Frente ao que foi apresentado formula-se o seguinte problema: o que o Poder Judiciário compreende como *abandono afetivo* e *alienação parental*? De que maneira os profissionais desse campo relacionam doutrinariamente essas temáticas ao escopo do *direito de convivência familiar e comunitária*? De forma específica, de que maneira o Poder Judiciário, na cidade do Rio de Janeiro, vem conduzindo procedimentos relativos aos temas em questão?

Assim, constituem-se aqui os elementos de estudo deste trabalho: como é a visão do Judiciário e como este, diante dos casos em concreto, assegura o direito fundamental à *convivência familiar e comunitária* às crianças e adolescentes; como a doutrina e o judiciário elaboram os conceitos de *abandono afetivo* e *alienação parental*; bem como, os papéis parentais e seus limites frente ao *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*.

Para efetivar essa pesquisa optou-se por investigação bibliográfica sobre a doutrina pertinente ao assunto, jurisprudências dos tribunais estaduais e pesquisa documental em processos de adoções unilaterais que tramitaram nas *Varas de Infância, Juventude e do Idoso da cidade do Rio de Janeiro* por entender que nesses documentos seja possível contemplar, na prática, como essas temáticas doutrinariamente elaboradas são conduzidas. A pesquisa de campo comportou 27 processos iniciados após os anos de 2000, alguns destes foram “redistribuídos” da antiga 1^o Vara de Infância e

¹⁸ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, op.cit. p. 44.

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

Juventude da comarca da Capital para as *Varas Regionais de Santa Cruz e de Madureira*, e outros processos foram iniciados já nestas Regionais.

O presente trabalho está inserido dentro da linha Direitos Fundamentais e *Novos Direitos* do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e faz parte do projeto de pesquisa *A genetização do parentesco, adoção e o impacto na questão da infância e adolescência no município do Rio de Janeiro*²⁰.

A Dissertação é parte de um projeto mais amplo, coordenado por Rinaldi, “cuja proposta era investigar os reflexos que a concepção *biologizante* e *genetizante* de parentesco causa nos operadores do Direito da área da infância e juventude no município do Rio de Janeiro”. E como estes profissionais “representam a questão da adoção em relação ao vínculo biológico da ‘família de origem’.

Iniciada no ano de 2008 a investigação ateu-se aos processos e aos pedidos de habilitação para adoção. Os dados foram coletados nas Varas da Infância, da Juventude e do Idoso do município do Rio de Janeiro, local em que tramitaram e encontram-se arquivados as informações dos mesmos.

O município do Rio de Janeiro conta com três varas voltadas para as questões da infância e do adolescente. A primeira, localizada Capital do Estado na Praça Onze, à segunda na regional de Madureira e a terceira na regional de Santa Cruz. Segundo a coordenadora do projeto de pesquisa, acima citada, o levantamento realizou-se em duas regionais, as de Madureira e Santa Cruz, “uma vez que não foi dada autorização para a realização da pesquisa na *Vara da Infância e Juventude Comarca da Capital*, instituição que conta com maior acervo de processos de adoção arquivados do município do Rio de Janeiro”.

Tal proposta surgiu em função da participação, na qualidade de assistente, na pesquisa “A genetização do parentesco, adoção e o impacto na questão da infância e

²⁰A participação na pesquisa efetivou-se em fevereiro de 2009. O Projeto com o apoio da FAPERJ encontrava-se sediado nas dependências da Universidade Estácio de Sá. A professora Doutora Alessandra Rinaldi, coordenadora do projeto, buscava compreender quais os impactos, em virtude das possibilidades oferecidas pela medicina genética de inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, os processos de adoção andaram sofrendo. A pesquisa começou com a coleta de dados em processos findos nas *Varas da Criança, Adolescente e do Idoso* da regional de Santa Cruz, posteriormente abarcando a regional de Madureira. O Estatuto da Criança e do Adolescente é de 1990 e as regionais acima citadas foram criadas somente no ano de 2006. Os processos anteriores a esta data foram decididos e julgados na *Vara da Infância, Juventude e do idoso da Comarca da Capital*. Com a criação das novas varas, os processos, tanto os andamento quanto os finalizados, foram redistribuídos para as varas de suas respectivas jurisdições e ali encontram-se arquivados. In Rinaldi, Alessandra de Andrade. **Solidariedade, localidade, filiação e a “nova cultura da adoção” no município do Rio de Janeiro.**

adolescência no município do Rio de Janeiro”²¹, possibilitou perceber que nos processos de *adoção unilateral* encontra-se em voga questões relativas ao *abandono afetivo*, ao *direito de convivência familiar e comunitária* e, implicitamente, à *alienação parental*.

Para fins da pesquisa parte-se da premissa de que nos casos de supostos descumprimento das *funções parentais*²² o Poder Judiciário, ao destituir um genitor de suas responsabilidades, pode estar cancelando um possível caso de *alienação parental*²³. Dito de outra forma, ao deferir acerca de uma ação de *adoção unilateral* o Judiciário pode estar privilegiando os interesses do outro genitor e não os da criança e do adolescente em questão. Ou seja, ao retirar da certidão de nascimento o nome de um dos genitores e colocar no lugar o nome do atual companheiro(a) do outro genitor, O Judiciário pode estar referendando querelas que são da ordem amorosa afetiva de um casal que não dizem respeito ao *direito de convivência familiar e comunitária* que filhos têm. Dito de forma mais clara, ações de *adoção unilateral* podem estar sendo ajuizadas com o intuito de apagar da vida do infante ou jovem o seu genitor(a) em função de antigos desentendimentos conjugais.

Outra hipótese construída diz respeito ao fato de que muitos casos de adoções unilaterais podem estar sendo ajuizadas em função de o Poder Judiciário não acatar a *multiparentalidade*²⁴ como um arranjo familiar viável. Nesses casos, por exemplo, em

²¹O Projeto com o apoio da FAPERJ encontrava-se sediado nas dependências da Universidade Estácio de Sá. O projeto é coordenado pela professora Doutora Alessandra de Andrade Rinaldi. A pesquisa tratou da coleta de dados em processos findos nas *Varas da Criança, Adolescente e do Idoso* da regional de Santa Cruz, posteriormente abarcando a regional de Madureira, entre 2000 e 2008. Segundo Rinaldi “a proposta era investigar os reflexos que a concepção *biologizante* e *genetizante* de parentesco causa nos operadores do Direito da área da infância e juventude no município do Rio de Janeiro e como estes profissionais representam a questão da adoção em relação ao vínculo biológico da ‘família de origem’” In Rinaldi, Alessandra de Andrade. **Projeto de pesquisa “Genetização do Parentesco e o impacto nas ações de adoção no município do Estado do Rio de Janeiro”**. Disponível em:

²² O Estado, através das leis, atribuiu aos pais às funções de assistência, criação e educação dos filhos. É um verdadeiro *múnus público*. É um “poder jurídico, que se consubstancia na atribuição de competências pelo Estado, para o exercício de um poder em benefício do outro sujeito da relação jurídica.” In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.698/08 (Lei da Guarda Compartilhada) e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 97.

²³ “interferência abusiva na formação psíquica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízos ou manutenção de vínculos com este.” PEREZ, Elisio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação parental (**Lei 12.318/2010**). In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades em que a justiça inexistente não vê. 2.ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

²⁴Segundo Teixeira é uma forma “para agregar em torno do menor todas as pessoas que exerceram papéis da paternidade e da maternidade em sua vida e que, por isso, tornaram-se responsáveis por prover tanto assistência material quanto referenciais morais, imprescindíveis para seu crescimento sadio e estruturação de sua personalidade de maneira autônoma e responsável”. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas**. Disponível em:

que uma criança ou jovem poderia ter em seu registro dois pais e uma mãe, duas mães e um pai, acabam por se tornar exemplos de processos em que foi necessária a opção por um em detrimento de outro.

A abordagem do assunto requereu o enfrentamento de questões sobre o significado legal de família e filiação, o sentido em que a categoria *afeto* é vista no âmbito jurídico, as distinções entre *síndrome da alienação parental* e *alienação parental* e por fim a conceituação da *adoção*, da *guarda* e o instituto da *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade*²⁵.

O projeto foi de suma importância para apreender como o Poder Judiciário, nos casos de alegação de abandono²⁶, garante a *crianças e adolescentes* a efetividade do *direito à convivência familiar e comunitária*. Bem como, após a promulgação da Lei 12.318/10, os processos de *adoção unilateral* serão conduzidos.

Em termos de disposição da dissertação, no Capítulo 1, abordar-se-á o histórico brasileiro de proteção à criança e ao adolescente. Como marco inicial começará a retratar do final do século XIX início XX cujo olhar sobre a infância estava voltado para ações punitivas por parte do Estado até a nova visão de que estes, os infantes e os adolescentes, mereciam ser protegidos em virtude de sua “especial condição de pessoa em desenvolvimento”. Visão esta incorporada dos institutos internacionais.

Neste mesmo capítulo comentar-se-á sobre direitos humanos e fundamentais voltados para a infância e juventude, para sustentar o entendimento de amplitude da tutela quando os agentes envolvidos encontram-se crianças e adolescentes. E terminar-se cuidando do direito à convivência familiar como um direito fundamental voltado para crianças e adolescentes e que, dentro da concepção da proteção integral e do melhor interesse, merece ser repensado e remodelado para abarcar os “modelos de famílias plurais” que hoje transitam na sociedade contemporânea.

Para compreensão do instituto família e seu desenho institucional, cada vez mais abrangente e dinâmico, no Capítulo 2, procurou-se trabalhar, doutrinariamente, com os

http://www.fiscolex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

²⁵ Não se fará qualquer distinção sobre os termos em virtude de terem o mesmo significado. A distinção se faz dos autores que os utilizam, por exemplo *multiparentalidade* é usado por autores como Ana Carolina Brochado Teixeira enquanto que o termo *pluriparentalidade* é usado por autores como Anna Paula Uziel e André Uchoa Cavalcanti. Como método, para evitar repetições durante a escrita, utilizar-se-á qualquer um dos dois termos.

²⁶ As hipóteses de abandono suscitadas no decorrer do trabalho derivam do mau desempenho das funções parentais de assistência, criação e educação. Não será alvo deste trabalho o abandono total de crianças e adolescentes, por seus genitores, ou seja, aquelas que se encontram em abrigos ou abrigadas.

conceitos e definições sobre família. Neste diapasão, para perceber a influência da sociedade no Direito, far-se-á uma comparação do tratamento dos componentes da família desde o Código Civil de 1916 até o atual ordenamento civilista de 2002. A constitucionalização da legislação pátria, em especial o Código Civil, e sua influência na questão envolvendo a família.

Como se sabe, a Constituição de 1988 inaugurou em seu artigo 1º que o Estado democrático Brasileiro está fundando por princípios. A forte carga axiológica e a concepção de princípios e regras constituírem normas, imperativas e coagentes, a família e suas relações intrínsecas não poderiam deixar de estar contempladas e por este motivo serão utilizados breves comentários para situar a família constitucional e os limites frente à realidade social.

Abordaram-se quais são os critérios legais para aferição da parentalidade. Necessário para estabelecer, dentro das relações familiares, o contorno jurídico que exprimem direitos e obrigações entre seus membros. O *direito à convivência familiar e comunitária* em razão de um suposto direito de afeto neste cenário plural e contemporâneo. Bem como, quais os limites do Estado, numa sociedade que cada vez mais clama por respeito à liberdade e autonomia privada, na tentativa de resguardar ou restabelecer o *direito à convivência familiar e comunitária*.

O Estado, através do legislativo, na preocupação de assegurar os direitos fundamentais dos componentes da família e numa tentativa de acompanhar as modificações sociais, acaba por inserir na ordem pátria uma proliferação de leis que acabam, em alguns casos, como tratando de questões da *convivência familiar e comunitária*, entrando em choque umas com as outras oferecendo, ao invés de segurança, insegurança jurídica.

No terceiro e penúltimo capítulo estudar-se-á as várias modalidades de abandono e suas implicações legais. Quais as responsabilidades, atribuídas aos pais pelo Estado e as consequências para o descumprimento. O que se entende por *abandono afetivo* e *alienação parental*, dentro da dogmática jurídica e como estas podem estar sendo trabalhadas pelos operadores do Direito pela sua polissemia. Será abordada como a perspectiva do cuidado para o Direito é vista como uma modalidade capaz de assegurar o melhor desempenho das funções parentais. Além disso, como é as tentativas de construir os limites entre *abandono afetivo* e *alienação parental*, apresentar as similitudes e as diferenças que possam existir nestas categorias.

No último e quarto capítulo deste trabalho destacar-se-á o objeto principal da temática, o *abandono afetivo* e a *alienação parental* e suas possibilidades nos discursos de *adoção unilateral*. Frente ao que foi apresentar-se-á o projeto de pesquisa do qual se fez parte na qualidade de assistente. Bem como, a descrição das histórias coletadas nos processos que versavam o pedido de *adoção unilateral*²⁷, baseando-se em duas óticas, a primeira diz respeito aos envolvidos diretamente no processo, adotantes e adotados, e a segunda sobre o ponto de vista dos assistentes técnicos da justiça, a saber, psicólogos e assistentes sociais. Quais as razões que estes, os assistentes, aduzem para legitimar o deferimento ou não da adoção: princípio do melhor interesse? Afeto? Segurança financeira? Bem como discutir as razões implícitas que o discurso de abandono produzido pelos requerentes como motivadores do pedido de adoção e sua importância no convencimento dos juízes da área da infância e juventude. Quais os sentidos são dados a *adoção unilateral*? Extirpar a figura do ente biológico ou proporcionar um novo pai para o infante? Como já dito, pressupõe-se que o *abandono afetivo* é a resposta do genitor à programação materna ou de seus familiares ao *direito à convivência familiar e comunitária*. Por fim, propõe-se que o instituto da *multiparentalidade* seja avaliado sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente para ampliação da tutela protetivas, visando por um direito inclusivo.

²⁷ Segundo Dias, “trata-se de forma especial de adoção, que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência”. In DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 432.

CAPÍTULO 1 - DO CÓDIGO DE MENORES (1927) AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (1990).

A trajetória brasileira de proteção à infância e à adolescência vem sendo demarcada desde o Código de Menores de 1927 até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. De acordo com Pereira²⁸, a concepção de *direitos fundamentais*, voltados para a infância e juventude, foi de tal modo importante que contribuiu para a construção da atual *concepção de sujeito de direitos*, e será sobre esse tema que versará este capítulo.

Através da trajetória histórica pretendeu-se observar os modelos criados pelo Estado e suas diferentes concepções de proteção voltados para a infância e adolescência. Segundo Schuch²⁹, no Brasil, ocorreram três modelos de intervenção: o primeiro estava voltado para uma concepção higiênico-sanitarista que visava à produção de populações saudáveis e civilizadas; o segundo modelo concebido como modernista pregava o desenvolvimento da nação enquanto o terceiro, através da idéia de sujeitos de direitos, buscava investir na comunidade efetivando sua participação nas políticas de atendimento.

Cada um desses modelos de intervenção é composto por agentes, formas de conhecimento e instituições que expressam formas distintas de constituir os sujeitos do atendimento, relacionadas a objetivos particulares e modos específicos de conceitualizar as realidades abarcadas.

1.1 O olhar punitivo sobre a infância e adolescência no Brasil.

Segundo Irene Rizzini³⁰, é no final do século XIX e início do século XX que no Brasil os assuntos relativos à infância, inspirados na concepção higienista traçam um novo espaço para a intervenção estatal. De acordo com Fachinetto³¹, a preocupação, principalmente por parte de juristas e médicos, se consolidava pela relação que faziam

²⁸PEREIRA, Tânia da Silva. Op.cit. p.20.

²⁹SCHUCH, Patrice. **Práticas de Justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA**. Porto Alegre: Editora da UFRGS. p. 106.

³⁰ Esta política estava voltada para a proteção da saúde da população nacional. In RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 2. Ed. rev. São Paulo: Cortez, 2008. p. 109.

³¹ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 29.

entre “infância pobre e criminalidade”. Segundo Schuch³², os médicos, preocupados com as “taxas de mortalidade infantil”, alertavam a população sobre as consequências apavorantes que o mau cuidado para com os filhos poderia ocasionar, inclusive na qualidade de vida da sociedade. Já os juristas, em virtude do aumento das infrações cometidas pelos infantes e visivelmente preocupados com a *criminalidade*, queriam construir um aparato jurídico voltado para os infantes³³, pois a visão de crianças e adultos convivendo juntos dentro dos presídios assustava-os. Em decorrência, criticaram o modelo prisional da época e perceberam a necessidade de atualização e humanização do direito.³⁴

Pereira³⁵ conta que, especialistas das mais diversas áreas, preocupados em estabelecer uma educação adequada, reuniram-se com o intento de discutir e assim conseguir viabilizar a criação de uma rede de “atenção e controle à infância”³⁶. Essas medidas, tanto pelo Estado quanto por parte do Judiciário, tinham por objetivo resguardar a segurança da sociedade, encontrando o argumento para intervir na vida dos cidadãos. Cabe lembrar que neste período, o governo, passou a denominar as crianças brasileiras com o adjetivo de *menor*.³⁷

O Estado entendia, assim, de acordo com Pereira³⁸, que “crianças pobres”, representavam uma ameaça e assim tornavam-se um problema de cunho social que necessitava de medidas urgentes. Em função dessa forma de pensar, aconteceu, segundo Rizzini³⁹, a criação de um “complexo aparato médico-jurídico-assistencial que tinha por metas as funções de prevenção, educação, recuperação e repressão”⁴⁰.

³² SCHUCH, Patrice. Op.cit. p.108.

³³ RIZZINI, Irene. Op.cit. p. 26.

³⁴ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p.108.

³⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 99.

³⁶ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p.108.

³⁷ Neste trabalho só será empregado o termo *menor* ou *menores* em virtude do texto técnico ou legal da época. Foi um termo utilizado para designar a população infanto-juvenil e revelava um conteúdo marginalizante. In FACHINETTO, Neidemar José. Op.cit. p. 30.

³⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. op.cit. p. 99.

³⁹ RIZZINI, Irene. Op.cit.p. 26.

⁴⁰ (...) estabelecem-se os objetivos para as funções acima: de *prevenção* (vigiar a criança, evitando a sua degradação, que contribuiria para a degeneração da sociedade); de *educação* (educar o pobre, moldando-o ao hábito do trabalho e treinando-o para que observe as regras do “bem-viver”); de *recuperação* (reeducar ou reabilitar o menor, percebido como “vicioso”, através do trabalho e da instrução, retirando-o das garras da criminalidade e tornando-o útil à sociedade); de *repressão* (conter o menor delinquente, impedindo que cause outros danos e visando a sua reabilitação, pelo trabalho). In RIZZINI, Irene. Op.cit. p. 26.

Na dica de Rizzini⁴¹, o discurso caracterizava-se pela dualidade: ora a infância necessitava de atenção e cuidado ora era perigosa para a sociedade. Para Schuch⁴², esse modelo de intervenção encontrava-se baseado numa “concepção higienista” voltada para a “produção de populações saudáveis e civilizadas”. Além disso, tanto o interesse quanto a preocupação desprendida para com a criança passava por uma questão social de competência administrativa do Estado deixando, então, de ser “objeto apenas do âmbito privado da família e da Igreja.”⁴³

O Estado, diante da idéia de que famílias desestruturadas geravam “criminosos e ativistas políticos”, que também eram assim considerados, tomou para si tarefas como “educação, saúde e punição das crianças e dos adolescentes”. Estas medidas tinham por objetivo “reduzir a delinquência e a criminalidade”.⁴⁴

Segundo Pereira⁴⁵, o primeiro instrumento legal editado no Brasil voltado para o direito de crianças e adolescentes foi o Código de Menores, datado de 1927, inspirado nos tribunais para menores de Boston. Visava vigiar, regulamentar e interferir de forma direta sobre uma parcela “pobre” da população brasileira. E, dentre as prerrogativas de “salvar” a infância brasileira, o Estado criou órgãos especiais para atender à nova categoria, designada como “menor abandonado”. Em outras palavras, segundo Rinaldi⁴⁶, o “Código de Menores estava sustentado numa concepção de que crianças pobres estariam em situação de desvio social”.

Pereira⁴⁷ afirma que o juiz Dr. José Candido Albuquerque Mello Mattos organizou o primeiro Juizado de Menores do Brasil, sendo o responsável pela edição da primeira legislação nacional voltada para crianças e adolescentes, o Código de Menores do Brasil (CM) de 1927. Sua visão pioneira o levou a ser eleito o primeiro “juiz de menores” do Brasil e da America Latina e fora considerado à época como um “apóstolo da infância abandonada”.

⁴¹RIZZINI, Irene. Op.cit. p. 25-26.

⁴²SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 106.

⁴³RIZZINI, Irene. Op.cit. p. 23.

⁴⁴PRIORE, Mary Del (org). **História das Crianças no Brasil**. 6ª Ed., 1ª reimpressão. – São Paulo: Contexto, 2008. op.cit. p. 348.

⁴⁵PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 12.

⁴⁶RINALDI, Alessandra de Andrade; Barreto, Neilza Alves. **Análises Preliminares do censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Primeiro%20Censo/cap7.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

⁴⁷PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 8-9.

Na visão de Schuch⁴⁸ o Código de Menores representou um avanço no que tange ao tratamento oferecido à criança “abandonada”. Entre suas regras encontravam-se ações que incluíam desde a “vigilância, regulamentação e intervenção” do Estado diretamente sobre uma parte da população brasileira⁴⁹, neste caso, as crianças em *situação irregular*.⁵⁰ No primeiro artigo do aludido diploma definia-se a quem suas medidas estavam voltadas. Conforme constava no artigo

O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistência e protecção contidas neste Código. (grafia original) Código de Menores - Decreto N. 17.943 A – de 12 de outubro de 1927.⁵¹

Para que o Estado pudesse intervir, como mostra Pereira⁵², levava em consideração “o estado físico, moral e mental, bem como a situação social, moral e econômica dos pais” e estabelecia as diretrizes do tratamento dos “excluídos”. O referido código também regulamentou questões precursoras, tais como: os “menores delinqüentes” não poderiam ser levados a responder procedimento penal de espécie alguma; dispensa da chamada ‘pesquisa do discernimento’ para a descaracterização da responsabilidade prevista no Código Penal de 1890. A internação era um período destinado a educação e definiu-se que este período seria entre 3 e 7 anos; os jovens deveriam ser encaminhados a um lar, que poderia ser dos pais ou de qualquer outra pessoa que lhes pudesse guardar ou, no caso de crianças menores de 2 anos, que fossem entregues para pessoas desconhecidas para serem criados longe da casa familiar ou ainda, previa o aconselhamento das mães de crianças menores de 7 anos que se encontrassem em abandono.

As medidas acima tinham por objetivo “evitar” que os pais deixassem seus filhos “abandonados na rua” e, ao mesmo tempo, esconder as informações referentes ao processo de acolhimento. Esse modelo acabou revestindo a figura do juiz de um poder

⁴⁸ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 111.

⁴⁹ O referido Código de Menores não se endereçava para todas as crianças, mas somente aquelas que eram consideradas, tanto pelo Estado quanto pela sociedade, como em “situação irregular”, em outras palavras, para as crianças de famílias pobres.

⁵⁰ “(...) categoria com referências explícitas à idéia de patologia social, com referencias à falta de proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não-hegemônicas de educação filial”. In SCHUCH. Patrice. Op.cit. p. 121.

⁵¹ Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. acesso em: 18 de junho de 2010.

⁵² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit.p. 9.

soberano, e por isso, o destino de muitas crianças e adolescentes ficou a cargo do julgamento e da ética destes mesmos próprio juiz.

Schuch⁵³ relata que, pouco a pouco, os conflitos entre as autoridades começaram a explicitar-se, bem como os desafios inerentes à concepção de “salvar as crianças”. O Ministério da Justiça, em 1931, verificando a falta de rigor técnico e de concisão do (CM), elaborou um relatório que apontou a necessidade de promover uma revisão no conteúdo e em especial ao que se referia à sua natureza jurídica, pois implicava dúvidas, se era justiça ou se era assistência social, ao que se estabelecia no trabalho realizado com as crianças.

Outro fator que levou ao procedimento de revisão do (CM) e balançando o poder que os juízes possuíam foi a entrada do período da ditadura compreendido como “Estado Novo”⁵⁴. Durante este tempo disseminou-se, através dos representantes estatais, um discurso que tinha como cerne o perigo que o comunismo representava para as crianças.

Em 1941, conforme Pereira⁵⁵, Getúlio Vargas colocou em prática as políticas que tinham por finalidade dar atenção à infância e à adolescência e fundou o Serviço de Assistência a Menores (SAM), que tinha por objeto a proteção dos “desvalidos e infratores”. Como mostra Schuch⁵⁶ era uma instituição, subordinada ao Ministério da Justiça, sem autonomia financeira e independente do juizado de menores, motivo que desagradou os juízes e gerou um conflito de atribuições.

O (SAM), ao final, foi considerado pela opinião pública, como um serviço de repressão desumano alcunhada pela população como “universidade do crime” e, por tal,⁵⁷

O trabalho do SAM não apenas acentuou os conflitos de autoridade acerca do internamento de crianças e adolescentes, efetivados entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas também viabilizou uma série de denúncias de descontrole administrativo, clientelismo e más condições de vida dos jovens internos nos aparatos de internamento.⁵⁸

⁵³ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 112-113.

⁵⁴ Período de forte repressão popular, ditadura, que ocorreu no Brasil de 1930 – 1945.

⁵⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Op.cit. p. 10.

⁵⁶ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 113.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. acesso em: 18 de junho de 2010.

⁵⁸ SCHUCH, Patrice. Op. cit. p. 113.

No ano de 1945, em virtude dos fatos ocorridos na Alemanha, Itália e Japão,⁵⁹ a comunidade internacional decidiu juntar-se e fundaram a Organização das Nações Unidas (ONU), cujo objetivo central seria manter a paz entre as nações. Em 1948, a (ONU) reuniu-se em assembléia para oferecer uma resposta aos atos contra a pessoa humana ocorridos na 2ª Guerra Mundial, promulgando assim, por meio da Resolução 217, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

De acordo com Leite⁶⁰, é, ainda hoje, o documento mais importante sobre os Direitos Humanos. Considerado como um marco histórico no processo de “consolidação, afirmação e internacionalização dos direitos da pessoa humana”.

Na interpretação do autor, o documento acima referido, ao que se refere ao tema da infância, no texto do artigo 25.2, reconheceu para a infância e os adolescentes, dois importantes direitos: o primeiro de “assistência especial” e o segundo de “igualdade de proteção social”, independente de ter nascido “dentro ou fora da relação matrimonial”.⁶¹ O documento sofreu alguns entraves em relação a sua natureza jurídica, pois foi considerado como “mera recomendação” ou como uma “carta de princípios”, sem força para vincular os Estados, pois não havia sido por estes submetida para sua ratificação. Procurando dirimir a controvérsia acima citada, a Comissão de Direitos Humanos da (ONU), adotou o entendimento de que a (DUDH) fazia parte de uma primeira etapa, ou seja, para a adoção de um pacto internacional necessário se fazia a edição deste e que somente após a confecção de suas normas é que estas adquiririam força vinculante para os Estados-Membros que a ratificassem.

O autor em comento nos mostra que nesta esteira de valorização da pessoa humana, em 1959, foi editado e convocado pela ONU outro documento de natureza jurídica similar da (DUDH). A Declaração Universal dos Direitos da Criança (DUDC) nasceu com o intento de propiciar às crianças e aos adolescentes, por causa de sua visão de que são seres imaturos físico e mentalmente, “proteção e cuidados especiais”, inspirado no artigo acima citado. O referido documento fora criado trinta e cinco anos após a edição da Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, primeiro documento a proclamar a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Assim, a

⁵⁹ Ápice do desrespeito à espécie humana, conhecido por Fascismo (Itália) e Nazismo (Alemanha). Estes acontecimentos deram origem à criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945.

⁶⁰LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2010. op.cit. p. 11-12.

⁶¹O autor, para declarar os dois direitos baseou-se na leitura do art. 25.2 – A maternidade e a infância têm direito à ajuda e à **assistência especiais**. Todas as crianças, **nascidas dentro ou fora do matrimônio**, gozam da mesma **proteção social**. (grifo nosso). In LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op.cit. 12.

(DUDC) nasceu como uma resposta aos anseios da comunidade internacional de proteção aos direitos dos infantes. Sendo o primeiro a reconhecer que para esses seres se desenvolverem de forma completa e harmoniosa seria necessário receber “amor e compreensão” e em especial, serem criadas num “ambiente de afeto” e de “segurança moral e material”, bem como traz expressa menção à figura do cuidado relacionada à responsabilidade dos pais.⁶²

Tais medidas estavam voltadas tanto para crianças inseridas num ambiente familiar quanto para aquelas que se encontravam em uma suposta situação de abandono, ou seja, “sem família”. A redação do documento oferece o entendimento de que tanto à sociedade quanto às autoridades públicas foram co obrigadas, solidariamente, a garantir cuidados especiais às crianças e aos adolescentes, em especial aquelas que se encontravam em situação de abandono. Nascendo assim, embrionariamente, várias teorias hoje disseminadas em nossa legislação, tais como: a teoria da convivência familiar, da solidariedade e da obrigação estatal de zelar pela manutenção desta criança em um seio familiar.

Neste seguimento, de acordo com Schuch⁶³, a UNICEF e a Organização Mundial de Saúde (OMS), no ano de 1978, proclamaram como sendo o “Ano Internacional da Criança”. Neste, ocorreram seminários, fóruns e debates para divulgar a concepção de crianças do mundo e elevá-las à categoria de criança universal. Idéias que acabaram por influenciar a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Rinaldi⁶⁴, em 1978 ocorre uma valorização da infância e da adolescência tendo sido indicado como o *Ano Internacional da Criança*. Esse contexto

⁶² Leitura do disposto no “Princípio 6º. 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 sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. A sociedade e as autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas 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.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>.

Acesso em: 20 de maio de 2010.

⁶³ SCHUCH, Patrice. op.cit. p. 123.

⁶⁴ Em paralelo a esse cenário brasileiro, são iniciados marcos sociais e políticos internacionais de reordenamento do lugar da criança no mundo Ocidental. De acordo com Siqueira e Dell’Aglio (2006), é possível demarcar, mesmo que arbitrariamente, o final da década de 1970, tanto no cenário internacional quanto nacional, como um ponto na história da valorização da infância e adolescência. Em consonância com essa idéia, torna-se possível, por exemplo, entender o motivo pelo qual 1978 foi indicado como “Ano Internacional da Criança”. Nesse cenário, foram constituídas organizações de promoção dos direitos capazes de influenciar a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº. 8.069, de 13 de junho de 1990. In RINALDI, Alessandra de Andrade; BARRETO, Neilza Alves. **Análises Preliminares do censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro.**

mundial, de proteção aos infantes e aos adolescentes, influenciou o legislativo brasileiro e ocorreu a primeira e significativa modificação no ambiente nacional no que se referia à criança e ao adolescente. Cabe ressaltar que as concepções de discriminação da parcela “pobre” ainda encontravam-se latente. Os termos “abandonado e delinqüente” foram retirados, mas a base, o que oferecia sustento ao abrigo e ao argumento para que a intervenção do Estado ocorresse, continuava. Segundo o entendimento de Schuch⁶⁵, o objeto das políticas públicas do Estado ainda estava voltadas para *o menor em situação irregular*.

Na elaboração do Código de Menores de 1979 o alvo das políticas ficou definido como o “menor em situação irregular” – categoria com referências explícita à idéia de patologia social, com referências à falta de proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não-hegemônicas de educação filial.

Pereira⁶⁶ resalta que, enquanto na seara internacional vivenciava-se uma nova concepção a respeito da infância, no Brasil, decide-se modificar o Código de Menores de 1927 dando lugar ao segundo código voltado para a questão da infância, datado de 1979. Preservou-se a idéia de discriminação da parcela “pobre” da população infantil, sob o pressuposto de que as condições sociais e econômicas da família constituíam o argumento jurídico de interferência estatal no que diz respeito à criança e ao adolescente. Adotou-se a doutrina jurídica do “menor em situação irregular”.

Schuch⁶⁷ informa que, ficou definido, durante a elaboração do segundo Código de Menores, de 1979, que o alvo das políticas seria o “menor em situação irregular”. Categoria que trazia menções explícita à “idéia de patologia social” que apontava a falta de “proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não hegemônicas de educação filial”.

Ainda na visão de Schuch, sob o argumento de ser uma “patologia social” percebia-se o reflexo que o discurso médico oferecia ao “domínio da infância e juventude”. Embora, segundo a mesma autora, a tendência higienista tivesse perdido terreno para o campo da psicologia, que passou a ser fundamental para gerir a infância.

Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Primeiro%20Censo/cap7.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

⁶⁵“ Na elaboração do Código de Menores de 1979 o alvo das políticas ficou definido como o “menor em situação irregular” – categoria com referências explícitas à idéia de patológica social, com referências a falta de proteção familiar ou a famílias com dinâmicas não hegemônicas de educação filial.” In SCHUCH, Patrice. Op.cit.p.121.

⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente:** uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 13.

⁶⁷ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 121.

Enquanto isso a questão da internação dos infantes continuava ligada às condições socioeconômicas dos pais e consubstanciava a imagem do descomprometimento paterno em relação aos filhos.

Rizzini⁶⁸ ressalta que, para resguardar as atitudes arbitrárias no internamento do infante, o Estado, se valia do argumento de que em prol da sociedade deveria ser vigilante em relação à tutela dos filhos dos pobres e que cerceando seus passos e mantendo-os à margem da sociedade era uma forma de protegê-los. Mascarado pelo discurso protecionista o Estado acabou por impor sua vontade na vida privada da família, contrariando o ideal pregado sobre a não intervenção do Estado nas esferas privadas e de proteção à infância, que ocorria no cenário internacional da época.

A atenção que se voltava para a criança era em prol da segurança da sociedade, acreditava-se que se ela fosse educada, ou até, se necessário, retirada de sua família (se estivesse em situação de abandono ou perigo) para ser reeducada, sendo assim útil para a sociedade. O discurso do *bem-estar* social aliou-se à idéia de *defesa social* cujo empenho de cuidar da criança mascarava o interesse de vigiar sua formação moral e assim “salvar a nação”.

Ainda com base na autora acima, a idéia de que “a criança é o futuro da nação” tinha por objetivo, não a criança em si, e sim, a possibilidade de que poderiam moldá-la (seja para o bem, seja para o mal) através de regras de condutas morais e sociais para transformá-la no que ela deveria ser, ou seja, naquilo que eles queriam que ela fosse. A educação foi o meio pelo qual, esse indivíduo, seria moldado e assim o estariam capacitando para trabalhar. O valor “salvador” dessas crianças seria o trabalho, visto como o “único meio de atingir o progresso”. Essa seria a fórmula pela qual a nação conseguiria sair do atraso econômico em que se encontrava.

A proposta, ainda ligada à defesa da sociedade, revelou-se num discurso de educação/reeducação que acabou por obstaculizar a formação de uma consciência ampla de cidadania no país. As crianças deveriam ser educadas com o objetivo de salvar a nação, enquanto na prática, principalmente ao que tange a crianças *pobres*, a educação tinha por fim a submissão.

Na ótica da autora em comento, existiam divergências entre o discurso e a prática, que guardava íntima relação com a identidade do país. Marcado por contradições cuja opção de programar uma política jurídico-assistencial de cuidado à

⁶⁸ RIZZINI, Irene. Op.cit. p. 24-30.

infância em detrimento de uma política nacional de educação de qualidade e de acesso nacional, acabou por recrudescer o sentimento nacional de um país fadado a desigualdade social.

Segundo Schuch⁶⁹ o sistema de “política da segurança nacional” vigorou no Brasil até o fim do governo militar. Sua prática caracterizou-se pela centralidade de decisões e preocupações com a “segurança nacional”. Foi um período no qual o Estado procurou assumir a responsabilidade pelos “abandonados e infratores”. Pereira⁷⁰ afirma que nesse momento a política desempenhava uma função assistencialista e sua principal ação consistia em abrigar e alimentar as crianças abandonadas do País.

A trajetória brasileira de “proteção” à infância e a adolescência mostrou-se extremamente conturbada e controversa, na visão de Schuch, transitava entre a esfera da punição e a esfera do cuidado. Os conceitos adotados acerca do que seria proteção variavam em decorrência do contexto social e da política adotada à época. O discurso em prol da sociedade acabou contribuindo para que as entidades estatais justificassem suas políticas de internação dos infantes.

No final da ditadura militar, em 1980, o contexto nacional, tanto político quanto social, assumiu novas bases ideológicas. O Código de Menores de 1979 começou a ser alvo de críticas e reflexões em virtude de sua obscuridade jurídica em relação aos motivos que ensejavam a “internação dos menores”. Na ótica de Schuch⁷¹ por outro lado pregava-se que era nos órgãos judiciais que os agentes seriam capazes de resolver os conflitos individuais e coletivos, nascendo, então, a ‘cultura de direitos’.

No cenário internacional, de acordo com Schuch, ainda preocupados com o tratamento do Estado e suas ações políticas para com a infância e juventude, leis especiais eram editadas. Dentre essas leis estavam: as regras de Beijing (1985)⁷² e as Diretrizes de Riad (1988)⁷³ que deram suporte para a Convenção sobre os direitos da criança, firmada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, influenciada por idéias explícitas da Convenção de Genebra (1924) e da Declaração dos Direitos das Crianças (1959) que propagavam a idéia de “privilégio das liberdades civis da criança”. Essas orientações influenciaram o cenário nacional e um novo contorno se configurou.

⁶⁹ SCHUCH, Patrice. Op.cit.p. 120.

⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 11.

⁷¹ SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 124.

⁷² Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e juventude. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

⁷³ Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

Cumulado com o trabalho promovido por organizações sociais que procuraram difundir campanhas com o objetivo de debater junto aos setores governamentais e segmentos da sociedade civil as diretrizes internacionais voltadas para a infância nasceu o Fórum Nacional e Permanente de Direitos da criança e do Adolescente. No advento de promulgação da Constituição da República de 1988, no Brasil, o Fórum DCA, exerceu um papel de suma importância na articulação e na mobilização da sociedade ao coletar assinaturas visando emendar à Constituição. De acordo com Pereira⁷⁴, com mais de 250 mil assinaturas, de iniciativa popular, o movimento acabou por fornecer, ao legislador constituinte, informações importantes para a elaboração de normas referentes à “proteção à infância e juventude”.

Como mostra Machado⁷⁵, comprometidos com a defesa dos *direitos fundamentais* voltados para a infância e adolescência junto da ampla mobilização social, acabou por modificar a visão da punição e instituiu a do cuidado. O grupo de trabalho era composto por diversos profissionais desde a área médica à área jurídica indignados com a política desempenhada pelo Estado de “institucionalização generalizada” de crianças e adolescentes provindos de uma camada da sociedade menos favorecida. Surge aqui uma nova visão.

1.2 – Da punição ao cuidado

Durante o período da Assembléia Nacional Constituinte, o grupo acima citado, ajudou na criação do rol de direitos que foram elencados no artigo 227 da CF de 1988. Segundo Machado⁷⁶, as crianças e os adolescentes brasileiros passaram da condição de “delinquentes” para a de *sujeitos de direitos*⁷⁷. O referido artigo 227 representou uma síntese das propostas oferecidas pela Convenção da ONU de 1989, aprovada e ratificada

⁷⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. op.cit.p.17.

⁷⁵ MACHADO, Marta de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 25.

⁷⁶ Termo encontrado em Machado referente a crianças que se encontravam em situação de risco social, ou seja, as crianças pobres. Desta forma consideradas. In MACHADO, Marta de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 25.

⁷⁷ A construção da criança e do adolescente como “sujeitos de direitos” é, portanto, resultado de processos amplos e diversos – de tecnologias de poder e de saber, nos termos foucaultianos – que implicam não só o idioma dos “direitos” formais, mas um conjunto de valores sobre família, autoridade, classe, segurança e harmonia social, os quais acabam constituindo crianças e adolescentes como sujeitos particulares, ao mesmo tempo em que autoridades para a sua administração. In SCHUCH, Patrice. Op.cit. p. 106.

pelo Brasil em 21 de novembro de 1990, expurgando do ordenamento pátrio o ranço do Código de Menores.

As crianças, pós Constituição de 1988, passaram de uma condição desprivilegiada de agentes que só tem obrigações a cumprir para se tornar, aos olhos públicos e sociais, *sujeito de direitos*. Segundo Pereira⁷⁸, a expressão significa ser titular de direitos fundamentais. Isto é, *sujeitos de direitos* universalmente reconhecidos. Sendo assim, titulares de direitos fundamentais, deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a serem, como os adultos, titulares de direitos fundamentais. Além disso, passam a ser considerados, dentro das relações familiares, como pela sociedade e o pelo Estado, detentores de direitos privilegiados.⁷⁹

Em razão da regra Constitucional do artigo 227 da CF/88, em julho de 1990, proclamou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) consolidando, no cenário nacional, os direitos previstos na Carta da República. Como mostra Pereira⁸⁰ à *doutrina da proteção integral*⁸¹ consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDC) adotada pela Carta Republicana do Brasil é incorporada ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 1º rompendo com a arbitrariedade, a discriminação e o discurso do ‘discernimento’ previsto nos antigos ordenamentos normativos para a compreensão, da infância e juventude, como ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento’. Surgindo, dentro do ramo das Ciências Jurídicas, uma nova especialidade, o Direito Da Criança e do Adolescente (DDCA).⁸²

O respeito à condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente envolve várias atitudes positivas, tanto por parte da família, da sociedade quanto pelo Estado, necessárias para assegurar e dar efetividade à proteção dada à infância dentro dos parâmetros do *princípio do melhor interesse da criança* e decisões que pautem interesses de crianças e adolescentes devem vigorar aquelas que atendam a seus interesses sem macular seus direitos fundamentais.

⁷⁸PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 24-26.

⁷⁹ MACHADO, Maria de Toledo. Op.cit. p. 49-50.

⁸⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 24.

⁸¹“A Convenção consagra a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem **agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.**” (grifo nosso). In

⁸² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p. 25 e 33.

Segundo Ishida⁸³, o artigo 4º do (ECA) encontra-se em conformidade com o disposto na Constituição Federal do Brasil no artigo 227 que discorre sobre os *direitos básicos* que toda criança e adolescente são detentores.

Decisões envolvendo questões referentes à infância e à adolescência devem estar em consonância com os parâmetros estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Verdadeiro *guardião dos direitos* da infância.

1.3 Direito à convivência familiar e comunitária: um direito fundamental da criança e do adolescente

Amplamente disciplinado, o *direito à convivência familiar e comunitária* (DCFC), além da previsão constitucional encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. Seguramente afirma-se que o *direito à convivência familiar e comunitária* (DCFC) pertence a um rol de direitos que devem ser considerados como um grupo de direitos mínimos fundamentais que uma criança ou adolescente possui para poder crescer e viver com dignidade.

Destaca-se que, interpretação baseada no artigo 19 do (ECA), toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado por sua família natural e em excepcionalidade pela família substituta. Interpretando extensivamente o disposto no artigo remete-se ao fator que não interessa o meio, se em família natural ou substituta, que este direito irá se manifestar e sim que deve ser assegurado. Desta forma compreende-se os pais, os irmãos, os avós, os tios, os amigos, enfim, as pessoas que mantêm com as crianças e adolescentes envolvimento que englobam desde o afeto até os cuidados diários.

Descreve, o artigo, a fundamental importância que a convivência possui para o completo desenvolvimento moral e emocional do infante, bem como devem ser as decisões que envolvem *direito à convivência familiar e comunitária*, ou seja, como esta deve ser interpretada, pois é evidente que constitui um direito do infante e não da família. Nesse caso os genitores não possuem o livre arbítrio para optar entre cumprir ou não com o encargo.

Entende-se, assim como Dias⁸⁴, por direito fundamental aquele imprescindível para sobrevivência da condição humana. Sendo assim, a *convivência familiar e*

⁸³ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 6.

comunitária deve ser entendida no seu mais amplo conceito de vida em família, isto é, a possibilidade de crescer e se desenvolver num ambiente capaz de proporcionar aos seus membros, em especial aos infantes e adolescentes os meios adequados de constituição de sua “formação moral, psíquica e social”.

Para Machado⁸⁵, os direitos da criança e do adolescente são especiais e diferem dos direitos dos adultos por serem eles vistos como prioritários. Isto é, gera obrigações positivas para a família, para a sociedade e para o Estado no que se refere ao resguardo e efetivação dos direitos da infância.

Segundo a visão doutrinária de Dias⁸⁶, é no exercício do direito à *convivência familiar e comunitária* que a criança ou adolescente, ou seja, aqueles que se encontram “em condição peculiar de desenvolvimento” descobrirão o esteio necessário para viver, crescer e desenvolver-se. De acordo com essa ótica não importa qual o modelo de família e sim o *afeto* que os envolve. “É no ambiente, no projeto de vida em comum de seus membros, na transmissão das tradições, no planejamento futuro, no acolhimento e em especial no respeito”, que crianças e adolescentes se transformam em adultos equilibrados. Meira assegura⁸⁷,

É no núcleo familiar que os infantes receberão os cuidados necessários ao seu pleno crescimento e desenvolvimento como cidadãos. Essa atmosfera deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, garantindo-lhes o cumprimento e a aplicação dos direitos fundamentais a ele conferidos. Toda criança e adolescente têm o direito à convivência familiar, sendo prioridade absoluta conferida pela Constituição da República.

A autora acima afirma que, é na “vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta” ocorre a “verdadeira exteriorização da valorização do afeto”. Neste diapasão conferir à criança e ao adolescente o direito fundamental à *convivência familiar e comunitária* é garantir-lhe a máxima convivência possível com ambos os genitores, independente destes viverem ou não maritalmente. Este direito não está vinculado à condição conjugal dos pais e sim

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. Op.cit. p. 66.

⁸⁵ MACHADO, Martha de Toledo. Op.cit.p. 162.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 66.

⁸⁷ MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado ; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.239-245.

preconiza em atender ao *melhor interesse da criança*. A ruptura da relação conjugal não atinge a continuidade dos papéis⁸⁸ de pai e de mãe. A estes caberá a direção da criação e educação dos filhos enquanto menores que não se alteram com a separação.

Conforme dito, as concepções acerca da instituição familiar modificaram-se. Para a sua composição a categoria, o *afeto*. Cada vez mais importante no cenário jurídico.

De acordo com o exposto, é através do trato diário, ou seja, da convivência que possibilita, entre os integrantes da família, a construção e solidificação dos vínculos familiares, em especial os laços de afeto. É no esvaziamento da convivência, pós ruptura conjugal, que se verifica as possibilidades do abandono, tema que será abordado em momento oportuno no presente trabalho. Necessário apreender como o Poder Judiciário, frente ao *direito à convivência familiar e comunitária*, assegura, através de suas decisões, este direito.

1.4 Breves relatos de decisões jurídicas envolvendo o *direito à convivência familiar e comunitária*.

Conforme dito, o *direito a convivência familiar e comunitária*, encontra-se disciplinado tanto na Constituição da República quanto em algumas leis infraconstitucionais, responsabilizando a família, a sociedade e o Estado, com o intuito de assegurar à criança e ao adolescente a eficácia deste e dos demais direitos positivados. E dentro desta linha de raciocínio decidiu-se por ventura verificar como o Poder Judiciário, imbuído de assegurar o referido direito, vem, através de seus tribunais, efetivando, diante do caso concreto, os conflitos na seara familiar.

Nesta análise percebeu-se a íntima relação que se estabelece entre o *direito à convivência familiar e comunitária* e o *direito de visitas*. O Estado, com o fim de assegurar a convivência familiar e comunitária procura, através do estabelecimento das visitas e assim, efetiva-lá, conforme se apreende da decisão abaixo.

AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS -
PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. Entre os
direitos expressamente **assegurados à criança se inclui o da**

⁸⁸ Far-se-á menção ao termo “papel” por compreender que o exercício da função parental vincula aqueles que assumem para si a responsabilidade de criar, educar e assistir uma criança ou adolescente, independente da parentalidade ou da consangüinidade.

convivência com os pais (art. 19 da Lei nº 8.069/90), **o que ocorre mediante visitas por aquele que não detém a guarda do menor, no caso de se encontrarem separados** (Lei nº 6.515/77, art. 15). "Para a regulamentação de visitas, deve ser levado em consideração o **interesse do menor**, devendo ser proporcionada a ele uma vida familiar estável, **não podendo ser privado do convívio afetivo com ambos os pais.**" **O direito à convivência familiar tem berço constitucional (art. 227), e se sabe que o desabrochar de uma criança para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo.**" (grifo nosso).⁸⁹

O *direito à convivência familiar e comunitária*, conforme exposto é um direito elevado à categoria de fundamental em consequência da Constituição Federal tê-lo assegurado à criança e adolescente em respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, asseverando o entendimento de estar corroborado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e do melhor interesse. Sendo assim, o *direito de visitas* decorre do *direito à convivência familiar*, mas com ele não se confunde. Dito de outra forma, utiliza-se o instituto do *direito de visitas* para efetivar o *direito à convivência familiar e comunitária*.

Segundo Dias⁹⁰, o Código Civil é escasso ao que tange a regulamentação do *direito de visitas*, fora que assevera ser inadequada o uso desta expressão. Os encargos essenciais do poder familiar não se encontram limitados em assegurar ao genitor o direito de ter os filhos em sua companhia em períodos determinados. É um direito-dever ou seja, não é um direito voltado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver.

A autora sugere a expressão *direito de convivência* como o mais adequado para definir este direito-dever, bem como define qual é o objetivo deste direito, ou seja, preservar as relações pai e filho que não se encontram vivendo sob o mesmo teto. Informa que, ao invés de regulamentar as visitas necessário seria estabelecer formas de convivência, assegurando que, “não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.” Nem tampouco de sua família extensa.

⁸⁹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível** Nº 1.0024.02.703757-1/001 – Relator: Des. Gouvêa Rios. DJ 25.10.2005.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 398

Fachin⁹¹ alerta, que o *direito à convivência familiar e comunitária* deve atender aos interesses da criança e do adolescente e que, primordialmente, deve ocorrer, em sua família de origem. A luz da interpretação do princípio em comento, *melhor interesse da criança e do adolescente*, deve-se pautar todo e qualquer exame sobre o tema deste trabalho, *direito à convivência familiar e comunitária*. Inclusive servindo de bases para assegurar, nos casos em concreto, situações não disciplinadas pela lei.

Sendo assim, alguns Tribunais de Justiça, baseados no entendimento de que, é do interesse das crianças e adolescentes em conviver com seus avós, seus descendentes diretos, começaram a reconhecer o *direito de visita* destes aos netos. É a consideração das necessidades da criança em detrimento de seus pais, lembrando que se deve analisar diante do caso concreto, com a finalidade de manter os laços estabelecidos pelo afeto e que os rompimentos não possuem o condão de desfazer. A saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - AVÓS EM RELAÇÃO AOS NETOS - INTERESSE DO MENOR - DEFERIMENTO DO PEDIDO. **O direito de visita consiste num direito do menor em manter uma convivência sadia com os seus pais e familiares, sendo, portanto, importante assegurar o convívio do menino com a sua avó materna**, mormente se não há provas convincentes de que a regulamentação de visitas do neto com pernoite na residência da avó materna seja prejudicial à saúde da criança.⁹² (grifo nosso).

Neste caso, o julgador, entendeu que assegurar o *direito à convivência familiar e comunitária* da criança com a avó materna atenderia as reais necessidades do infante. Verificando-se, assim, a interferência do Estado dentro das relações familiares com o interesse de preservar a integridade física e psíquica do infante. Frente ao exposto, o *princípio do melhor interesse da criança ou adolescente* e o *direito à convivência familiar e comunitária*, tem sido utilizados para balizar as decisões dos tribunais nacionais sobre a extradição de estrangeiros, conforme trecho da ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXPULSÃO

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167-187.

⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** n.1.0000.00.321175-2/000(1), da 1º Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Andrade. Belo Horizonte, 06 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>> Acesso em: 21 de setembro de 2010.

DE ESTRANGEIRO COM FILHO BRASILEIRO. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. SÚMULA Nº 01 DO STF. É cediço o entendimento jurisprudencial de que o estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna, tem sua expulsão vedada. Súmula nº 01 do STF. **O direito que se procura salvaguardar é o direito à convivência familiar e desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes filhos de estrangeiro submetido a processo de expulsão.** Trata-se de direito individual homogêneo e indisponível dos menores que vivem sob guarda ou dependência econômica de pai (s) estrangeiro (s) que responde (m) processo de expulsão.- Agravo provido.⁹³ (grifo nosso).

Conforme se apreende a utilização conjugada do *princípio do melhor interesse e do direito à convivência familiar* estão sendo usados como balizadores de decisões para atender, ao caso concreto, as reais necessidades da criança nascida no País. “A extradição de estrangeiro com filho brasileiro somente pode ocorrer no momento em que essa extradição não ofenda o melhor interesse da criança. Estabeleceu ainda o critério de atender com “absoluta prioridade” os interesses da criança tornando-o obrigatório sua utilização quando na interpretação dos casos estiver em jogo situações que crianças e adolescentes estejam envolvidos. Dito isso, o autor continua a lembrar a adequação destes entendimentos a uma gama de situações concretas. Ou seja, é diante de situações reais que estes princípios devem ser observados e aplicados.

⁹³ BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Agravo de Instrumento**: AG 7084 RS2005.04.01.007084-7. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?. Acesso em: 15 de fevereiro de 2011.

CAPITULO 2 NOTAS SOBRE UM COMPLEXO DEBATE SOCIOLOGICO E JURÍDICO SOBRE FAMÍLIA

Para tratar do *direito à convivência familiar*, de acordo com Teixeira⁹⁴, necessário se faz a compreensão dos conceitos de família, pois é dentro desse contexto familiar que este direito é exercido. Para tanto se deve contextualizar que tipo de mudanças as concepções de família sofreram dentro de uma perspectiva sociológica e jurídica.

O embasamento sociológico foi proveitoso para demonstrar que os fatos ocorridos na sociedade acabaram por influenciar o mundo jurídico e, além disso, perceber que apesar dessa influência que o mundo dos fatos exerce no jurídico, este não consegue abarcar todas as situações existentes e por existirem.⁹⁵ Segundo Rinaldi,

Tal afirmativa não significa a crença na visão de que as mudanças jurídicas sejam produto exclusivo de movimentos sociais, como o feminista, mas antes o compartilhamento da visão teórica de que não é possível que se compreenda o Direito em sentido estrito. Entende-lo requer a superação de uma visão que o identifica como um “sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua “dinâmica interna””.⁹⁶

É de fundamental importância a retrospectiva histórica como meio de perceber as constantes mudanças de sentido que este instituto nos últimos tempo sofreu, procurando apreender como o Estado compreendia seus entes e os protegia. Para isso, temos como proposta perceber o lugar que o termo família representa para o universo jurídico.

Por meio de uma análise histórico-jurídica, iniciada desde o Código de 1916 até o Código de 2002, objetivando demonstrar que as mudanças conceituais sofridas.

⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p.11.

⁹⁵ “(...) Estudar a família supõe recorrer-se à história para entender que as teorias hoje existentes sobre a mesma não são produtos de formulações autônomas e aleatórias do processo de pensar”. In ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82.

⁹⁶ RINALDI, Alessandra de Andrade. Violência e Gênero – A construção da mulher como vítima e seus reflexos no Poder Judiciário: a Lei Maria da Penha como um caso exemplar. In KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). **Direito Público e Evolução Social**. 1ª Série. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007. p. 51.

2.1 A família: composição e concepções - Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002.

O conceito de família não é ahistórico, universal e invariante, sua concepção muda no curso do tempo. Isso ocorre também com o tratamento jurídico dado ao termo. A história do direito de família, sofreu e continua sofrendo modificações, cada uma delas marcada por períodos de lutas e discórdias sobre os limites do que seria família e sua legitimidade.

No Brasil, o direito que versa sobre as relações familiares sofreu forte influência do direito português que por sua vez estava consubstanciado no direito canônico-romano. Esse ordenamento foi construído dando um poder ao homem, ao pai, que era considerado o chefe da sociedade conjugal. Ele decidia e representava a instituição, inclusive os bens particulares da mulher. Tanto os filhos quanto a mulher, de acordo com Teixeira⁹⁷, deviam obediência ao chefe da família. Dito de outra forma, na visão de Dias⁹⁸, o nosso direito sustentava-se no modelo patriarcal de família.

Segundo Nevares⁹⁹, a família prevista no ordenamento civilista de 1916, estava firmada pelos laços matrimoniais e desta forma referendada pela sociedade e pelo Estado. Era vista como uma verdadeira instituição que merecia ser protegida a todo custo. O casamento, neste período, fora concebido como algo indissolúvel. A proteção estatal consistia em afastar desta estrutura quaisquer ameaças que pudessem justificar a sua dissolução. Outro fator importante advindo desta proteção voltava-se para a descriminalização dos filhos, concebidos fora do matrimônio. Como já dito, só se constituía família através dos laços matrimoniais. Para Teixeira¹⁰⁰, “o casamento era definidor da situação inclusiva ou exclusiva dos filhos. Ele era, portanto, um fator de legitimação da filiação. Os filhos ilegítimos ou bastardos eram severamente condenados, e punidos com incapacidade política e sucessória.”¹⁰¹

⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 20-22.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. A Ética na Jurisdição da Família. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A Ética da Convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 2.

⁹⁹ NEVARES, Ana Luisa Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. op.cit. p.293.

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 14.

¹⁰¹ “Eleito o casamento como modelo de família, foi consagrado como a única modalidade de convívio. Como forma de impor obediência à lei, por meio de comandos intimidatórios e punitivos e por normas cogentes e imperativas, são estabelecidos paradigmas comportamentais na esperança de gerar comportamentos alinhados com o perfil moral majoritário.” DIAS, Maria Berenice. In PEREIRA, Tânia

Esta conceituação de família sustentou os ideais conservadores da época e manteve o homem como “chefe” desta instituição desempenhando a mulher, como esposa, um papel secundário. No entanto, atribuiu-se a ela, o exercício dessa sociedade, somente em caso de ausência do esposo, ou seja, na morte do cônjuge masculino. Quanto à emancipação dos filhos do casal a ordem civilista preconizava em ser art. 9, I que “**por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe**, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos.

Existia neste mesmo ordenamento um capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres da Mulher”. Nítida é a situação de subordinação que esta sofria em relação ao homem. Esta exercia um papel de colaboração e guarda das decisões que o marido tomava em relação à família. Suas expectativas e anseios circulavam em torno da figura masculina, inclusive permitindo-se a esta acrescer ao seu nome o apelido do marido. Conforme preceituava o art. 240 do Código Civil em comento. Art. 240. A mulher, com o casamento, **assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido** nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. No parágrafo único aduziu que: A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido.

Em razão dos filhos à competência do *pátrio poder*¹⁰², a designação legal referia-se aos pais, mas para a mulher, era negado e como já fora antes visto, apenas colaborava com o marido. Em contrapartida, demonstrava ainda a prevalência que a figura masculina obtinha sob a mulher, pois em caso de divergência entre o casal, a decisão era do pai e nestes casos, para solucionar as divergências, caberia à mãe, procurar o Judiciário. Entendimento extraído da leitura do artigo 380 e do parágrafo único do Código Civil de 1916.¹⁰³

Em prol da manutenção dessa entidade familiar justificavam-se as discriminações acima relatadas para com seus componentes, em vista de uma visão de

da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A Ética da Convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Op.cit. p. 58.

¹⁰² O Código de 1916 utilizava-se da expressão *pátrio poder* tendo sido substituída, no Código Civil de 2002, pela expressão *poder familiar*.

¹⁰³ Art. 380. Durante o casamento compete **o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)(grifo nosso) Parágrafo único. **Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá à decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência**. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). (grifo nosso). BRASIL, Lei n. 3071 de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

que desta forma estaria se resguardando o interesse do Estado em tutelar à instituição e assim manter a “paz doméstica”.¹⁰⁴

Segundo Dias¹⁰⁵, o Código de 1916 revelou-se uma legislação que se preocupou em consagrar os valores da burguesia do século XIX e disciplinou estes valores de uma forma hierarquizada e patrimonializada. Na ótica de Alves¹⁰⁶, a família era tratada como um ente de produção de riquezas e perpetuação das gerações através do direito de sucessões.

O direito do pai, membro mais importante nesta estrutura familiar, era superior em relação aos direitos dos demais membros da família, inclusive em prejuízo do filho. Nessa estrutura legal os filhos possuíam direitos, aqueles que o pai determinava.¹⁰⁷

A legislação em comento tentou estabelecer “um conceito único de família.”¹⁰⁸ De acordo com Neves¹⁰⁹, o legislador preocupou-se em disciplinar, de forma exorbitante sobre as relações patrimoniais e sobre o matrimônio. Demonstrando que a preocupação na época estava voltada mais para o patrimônio e menos para as pessoas.

Vigorou durante este período várias legislações que demonstravam o “poder do homem” sobre a mulher como foi o caso do Código Eleitoral Provisório de 1932, que permitiu o direito de voto das mulheres, mas não de forma plena, ou seja, encontrava restrições para o seu gozo. O *poder patriarcal* existente impunha reservas, no caso das mulheres casadas, pois estas só poderiam exercê-lo se tivessem a autorização do marido demonstrando a submissão desta às vontades do homem.

Na perspectiva de Pereira¹¹⁰, entre as décadas de 1960 e 1980 a legislação brasileira começou a produzir as primeiras modificações de sentido do termo família. É possível aventar a hipótese de que isso se deve às transformações de valores por que passava o Brasil da época, por meio, por exemplo, de uso embrionário discurso de

¹⁰⁴ NEVARES, Ana Luisa Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre direito civil**. op.cit. p.293.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. A Ética na jurisdição de Família. Op.cit. p. 58.

¹⁰⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. op.cit. p. 46.

¹⁰⁷ Segundo Teixeira, entendia-se por filhos: os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, enquanto menores, os ilegítimos, aqueles que o pai não havia reconhecido, restavam ficar sob o poder da mãe. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 24-25.

¹⁰⁸ A única forma de criar família legítima (e, conseqüentemente, legitimar os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos) era mediante o casamento (justas núpcias). In ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Op.cit. p. 49.

¹⁰⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Op.cit. p. 49.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de doutorado apresentada no curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba. p.12-37.

igualdade entre os gêneros, a produção de elementos que posteriormente deu origem a transformação dos costumes sexuais.

O marco inicial brasileiro foi o Estatuto da Mulher Casada (EMC) - Lei n. 4.121/64 – que procurou assegurar uma condição de “sujeito” de suas próprias vidas para as mulheres. Pode-se supor que essa autorização, a condição de sujeito, dada as mulheres, tenha balanceado organização familiar e as relações entre os gêneros da época diante desta nova concepção jurídica.

Neste cenário, do ponto de vista da transformação dos costumes, houve a criação da pílula anticoncepcional que ensejou uma maior liberdade sexual para as mulheres. Em virtude da “liberalização”, segundo Moraes¹¹¹, disseminou-se existir uma crise na instituição familiar, falou-se inclusive em “morte da família”. Alguns direitos que não existiam começaram a serem reconhecidos e assim provocaram modificações na vida social e cultural. As primeiras conquistas, como já dito, se deram com o direito de votar, de poder coabitar com uma pessoa sem ser formalmente casado, ter filhos fora do matrimônio e etc. Transformações sociais foram incorporados paulatinamente ao ordenamento jurídico pátrio trazendo uma concepção, pelo menos material, de igualdade entre os gêneros.

De todas as modificações ocorridas no significado de família a mais significativa foi à valorização do afeto como fator preponderante para o reconhecimento de união entre seus membros na esfera jurídica.

Com a promulgação da Carta Republicana e a incorporação de normas principiológicas, em especial dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a legislação brasileira começou a desenhar um novo perfil para o Direito e em especial para o direito de família.

Em janeiro de 2003, ou seja, 15 anos pós Constituição, entrou em vigor o Novo Código Civil Brasileiro, Lei n.10.406. O projeto datado de 1975 tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Motivo este que mesmo diante de uma nova ordem jurídica apresentou descompassos com a realidade social da família do século XX¹¹². Mesmo tardio, o Código Civil de 2002, trouxe diferentes concepções ao termo família. Passou a concebê-la como uma esfera que comporta indivíduos em iguais condições. Incorporou a ideologia da igualdade

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 172.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Op.cit.p. 29.

crescente no mundo ocidental pós década de 1960. Concebeu em seu texto orientações jurisprudencial: tratamento igualitário em relação aos filhos, havidos ou não de relações matrimoniais.¹¹³ Dentre as modificações destacam-se: a troca do termo *pátrio poder* para *poder familiar*, estabelecendo assim um conjunto de direitos e obrigações voltados para os cônjuges no melhor interesse dos filhos. As decisões dos pais quando compete o interesse dos filhos devem ser voltadas para atender as suas necessidades e não dos interesses dos pais. O fator preponderante no (CC) de 2002, foi à aceitação de um novo papel da mulher dentro da esteira familiar, que passa de mera colaboradora para assumir agora, em igualdade de condições, o exercício das prerrogativas concernentes a este grupo. Prevendo inclusive, em caso de divergência dos interesses do casal, a qualquer dos cônjuges, recorrerem ao juiz. É o que se extrai da leitura do art. 1567: a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos; enquanto que no parágrafo único: havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.¹¹⁴ Rompendo-se com a hierarquização do Código de 1916.

Seguindo este entendimento o exercício da sociedade familiar, no caso de emancipação dos filhos,¹¹⁵ também será em comum acordo e só poderá ocorrer de forma unilateral se um deles for ausente. É que se extrai da leitura do art. 5, inciso I: **pela concessão dos pais**, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.¹¹⁶

Dentro dessa esteira de concepção igualitária entre os pais, o Código Civil de 2002, preocupou-se em traçar os limites concernentes a eles, em relação à pessoa dos filhos, quando houvesse dissolução da relação conjugal. Disposto no capítulo XI, destinado à proteção da pessoa dos filhos. Preconiza o art. 1.589: o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, **poderá** visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Op.cit.p. 29.

¹¹⁴ BRASIL, Lei n. 10.406 de 2002 que instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

¹¹⁵ No Código de 1916 a mulher só poderia conceder a emancipação do filho em caso de falta do marido.

¹¹⁶ BRASIL, Lei n. 10.406 de 2002 que instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

manutenção e educação. (grifo nosso)¹¹⁷ Neste caso, cabendo a eles, princípio da autonomia individual, acordarem entre si a melhor forma de estabelecerem as visitas entre o pai ou mãe em cuja guarda não estejam os filhos.

As modificações sofridas no instituto da família, em termos jurídicos, no que envolvem filhos menores de idade devem estar pautados no que ficou entendido, dentro da seara constitucional, preconizado pelo *princípio do melhor interesse da criança ou adolescente*.

Procurando assegurar os direitos da Carta de Outubro de 1988, o Código Civil de 2002, regulamentou questões, dentro do capítulo concernente à família, envolvendo crianças e adolescentes, na esfera familiar. Estes direitos foram assegurados no capítulo X destinado à proteção da pessoa dos filhos. No caso em especial ao que tange ao *direito de convivência familiar e comunitária*.

Dentre as modificações, em relação à lei civilista, também inseridos no capítulo da proteção aos filhos, destaca-se o reconhecimento da guarda compartilhada como meio adequado de assegurar à *convivência familiar comunitária*. Cabe pontuar que esta redação se deu em virtude da Lei n. 11.698 de 2008 que modificou dispositivos do código em comento.

Cada uma das modificações acima explicitadas não poderia ocorrer sem a constitucionalização do direito civil, ou seja, sem a influência ou reflexo dos valores constitucionais na legislação civil. A Constituição de 1988, ao incidir seus valores, princípios e normas para adequar à legislação civil, proporcionou ao Direito de Família contornos de Direito Público.

A inclusão na Constituição Federal de 1988 de forte carga valorativa e de princípios norteadores traçou uma nova roupagem para o direito brasileiro, em especial para o direito de família. A incidência de direitos fundamentais voltados para a família acaba por alterar, por inteiro, o modelo jurídico da família brasileira.¹¹⁸ Declarou, pelo menos formalmente, a igualdade entre homem e mulher, o que propiciou tanto ao pai quanto à mãe, enquanto os filhos menores, o exercício conjunto dos deveres referentes à entidade familiar. Colocou o instituto familiar no centro do ordenamento jurídico e designou-lhe uma proteção diferenciada. É o que se extrai do disposto no art. 226 da Carta de Outubro: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

¹¹⁷ BRASIL, Código Civil de 2002. Lei 10.406/02. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2010.

¹¹⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Op. cit. .p.111

Estendeu-se esta proteção a todos os seus membros, constituídos ou não pelo casamento, assim como para os filhos, havido ou não do matrimônio, bem como os adotados.¹¹⁹ Teixeira¹²⁰ afirma que, “a família inscrita na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros.”

Ainda no pensamento da autora em comento, o legislador, enumerou de forma exemplificativa, as “inúmeras espécies de entidades familiares.” Desaparecendo com a “grande família, que passou a ser nuclear, formada pela tríade pai, mãe e filhos.” Agora, com o advento das separações, divórcios e dissolução das uniões estáveis aparece novas entidades familiares que também passam a ter relevância no contexto legal¹²¹. A família prevista nos moldes constitucionais, não mais albergada somente pelo casamento passa a ter várias formas.

Famílias monoparentais, recompostas, bi nucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua, casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande.¹²²

Dentro destes novos arranjos, carece de devida atenção o *direito à convivência familiar e comunitária*, não podendo esquecer que, segundo Teixeira¹²³, é através deste referencial, conviver em família, que o infante ou jovem irá conhecer as primeiras normas comportamentais e assim aprender como comportar-se nos mais diversos ambientes.

2.2 Princípios constitucionais norteadores das relações familiares no Brasil

A família, erigida ao centro da sociedade, recebeu especial proteção do Estado e para tanto possui, de acordo com Pereira,¹²⁴ “princípios próprios”. Antes de conhecer alguns deles é necessário entender a importância dos mesmos no ordenamento pátrio.

¹¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004. op.cit. p. 2074.

¹²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 29-31.

¹²¹ Para maiores discussões sobre famílias recompostas ver DE SINGLY, François. *Sociologia da família contemporânea*. Tradução Clarisse Ethlers Peixoto – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. 13.

¹²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit.p.12.

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. 25-34.

São normas de direito e devem ser utilizados em primeiro lugar, o norte, quando necessário interpretar a lei. A própria República Federativa do Brasil rege-se por princípios considerados fundamentais e fundante do Estado Democrático de Direito, previstos no artigo 1º da Carta Máxima, encontra-se o pilar, que é a *dignidade da pessoa humana*. Existem princípios que não se encontram escritos num ordenamento legal, decorrem de uma fundamentação ética e estão intimamente ligados à concepção de cidadania, como meio de proporcionar uma relação mais justa na sociedade.

O princípio da *dignidade da pessoa humana* é exemplo do que se refere a princípios explícitos na Carta de Outubro e através dele irradia-se a orientação na qual a ordem jurídica nacional deve estar pautada. Sendo assim, os princípios exercem a função de aperfeiçoar o direito, já que muitas vezes os textos legais não conseguem acompanhar as transformações sociais. Assegura que sua aplicação seja adequada a cada caso em particular, possibilitando que se pense sobre o que é justo ou injusto, sem estar influenciado por concepções morais.

Não desmerecendo a relevância da criação das leis acima citadas, em especial do ECA, para a contribuição do ‘esvaziamento’ do Código Civil de 1916, mas foi o aparecimento da Carta de Outubro de 1988 que se materializou de forma substantiva os parâmetros da ordem jurídica contemporânea, quebrando os paradigmas até então vigentes. Contribuindo para instauração de uma nova ordem de pensamento, mais humanista e mais condizente com os pilares da dignidade da pessoa humana. A pessoa passa a ser o valor fundante e o vértice interpretativo da ordem jurídica pátria.¹²⁵

Por todos os motivos, vemos que os princípios são um valioso ponto de ajuste entre as lacunas da lei e a realidade. Comerçar-se-á com o princípio acima comentado, pois, conforme já dito, é através dele que se consegue abrir as portas para conceber entendimentos que valorizem a existência do homem enquanto pessoa.

2.2.1 A dignidade humana e o Direito de Família.

Segundo Barroso, “a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo.”¹²⁶ Considerada como um valor fundamental transformada em “princípio jurídico de estatura constitucional.” A

¹²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit.p. 42-44.

¹²⁶BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

idéia de *dignidade da pessoa humana* encontra-se intimamente ligada ao que se entende por *direitos humanos*.

Constitui-se como um fundamento da ordem constitucional pátria,¹²⁷ lugar onde encontra a vedação para que o homem, na condição de pessoa humana, seja tratado como coisa, objeto¹²⁸. Tanto a sua vontade quanto a sua autonomia, qualidade de fazer escolhas, devem ser respeitadas. De acordo com Sarmento¹²⁹,

Tal princípio, em primeiro lugar, abrange a existência de **não-instrumentalização da pessoa**. Em outras palavras, concebido pela ordem jurídica com um fim em si, de acordo com o conhecido imperativo categórico kantiniano, **o ser humano não pode ser empregado como se fosse mero objeto para a consecução de finalidade alheias a sua vontade**. (grifo nosso).

Segundo esse princípio, o homem não deve ser transformado em instrumento para a ação de outrem. Por ser dotado de consciência moral possui “um valor que o torna sem preço”, o que, de acordo com Pereira, encontra-se “acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa”.¹³⁰

Tarefa impossível é extrair um significado do que seja dignidade da pessoa humana. Embora esteja prevista no contexto constitucional e irradiar-se para os demais artigos e legislações infraconstitucionais a dignidade apresenta-se, “sem definição para ela mesma”. Como todos os princípios,

Contém valores e, portanto, traz consigo, além de seu conteúdo normativo, um conteúdo axiológico. *In casu*, o valor é a dignidade que se dá ao bem, isto é, ao homem. E é por conter valor que a dignidade está também no perigoso terreno da relatividade e subjetividade e “já não esconde o grande desacordo sobre o seu conteúdo”.¹³¹

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 67.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Verbete Dignidade da Pessoa Humana – parte I – In BARRETTO, Vicente de Paulo. (org), **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006. op.cit. p.212.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010. p. 145.

¹³⁰ “As coisas tem preço e as pessoas, dignidade. Isto significa dizer que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, podemos substituí-la por qualquer outra como equivalente; mas o homem, superior a coisa, está acima de todo preço, portanto não permite equivalente, pois ele tem dignidade”. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 69.

¹³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 72.

Essa impossibilidade de conceituação pela doutrina, em virtude da carga valorativa dificulta, como afirma Bodin¹³², “do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites deste princípio. O que resulta, segundo Barretto¹³³, “no emprego indiscriminado do princípio para tudo abranger e justificar”.

Tanto Bodin¹³⁴ quanto Teixeira¹³⁵, reconhecem que a dignidade da pessoa humana desdobra-se em quatro postulados: i) o homem como “sujeito moral (ético)”, reconhece que existem outros iguais a ele, “corolário do princípio da igualdade”, ii) que todos são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica, induzindo à idéia de um princípio da “integridade psicofísica”, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação, de onde se extraí o princípio da liberdade, iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado, que leva ao princípio da solidariedade.

Enquanto que Barroso¹³⁶, na tentativa de dar um sentido mínimo universalizável de dignidade da pessoa humana aplicável a qualquer ser humano onde quer que se encontre definiu, como essenciais, três elementos, a saber: (i) o primeiro deles refere-se à dignidade como um valor intrínseco, ou seja, inerente da pessoa humana, ou seja, decorre de sua existência. A especial posição que ocupa no mundo o torna distinguível dos outros seres vivos e das coisas. Tanto Barroso como Pereira afirmam que é um valor que não tem preço, sendo assim, independe de concessão, não pode ser retirado, mesmo quando seu titular agir de forma indigna. Encontra-se presente desde os bebês recém nascidos quanto em pessoas com enfermidade ou incapacidade mental. Impõe uma inviolabilidade e encontra-se na origem de um conjunto de direitos fundamentais, dentre eles: o direito à vida, a igualdade, integridade física, moral e psíquica. (ii) o segundo elemento é a autonomia. Considerada como um “elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas”. A autonomia envolve a capacidade de autodeterminação, ou seja, “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida” sem interferências externas indevidas e por trás desta idéia de autonomia encontra-se a “de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.” Dentro da concepção de autonomia encontra-se uma

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. p. 84.

¹³³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2010. p. 57.

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit.85

¹³⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 70-74.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

dimensão privada e outra pública.¹³⁷(iii) o terceiro e último elemento envolve o indivíduo em relação ao grupo, ou seja, o valor comunitário da dignidade. Traduz-se na compreensão dos valores “compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa”. Este conceito de dignidade funciona mais como um limitador externo da liberdade individual do que como um meio de promovê-la.

Ainda de acordo com o entendimento de Barroso, o uso dos elementos mínimos acima definidos de dignidade “não elimina de maneira absoluta a subjetividade do interprete. Mas pode ajudar a estruturar o raciocínio e a dar-lhe maior transparência.”

De acordo com os autores acima se oferece uma breve noção do que seja dignidade. Aduz-se que, cada pessoa humana possui dignidade própria, que deve ser protegida de forma individualizada. A dignidade é pressuposto para a condição humana. Por outra parte, de acordo com Teixeira¹³⁸, a dignidade se consubstancia “na integração com o outro, na coexistência e na solidariedade, que a pessoa se realiza sob a perspectiva mais sublime”. Percebe-se que, a dignidade se constrói a partir da reciprocidade. Sendo assim é que se considera tal qual Teixeira, a dignidade dos co-participantes da relação parental, como uma construção dual, perpassada pelo respeito mútuo.¹³⁹

Dentro dessa idéia de respeito, Theophilo¹⁴⁰, entende que, cada indivíduo é capaz de ver a expectativa do outro, sem que isso signifique em ser o outro. Impondo a necessidade de se respeitar os pontos de vista quando diferentes dos nossos. “impelemos a entender as aspirações que sejam diferentes das que possuímos.”

¹³⁷ “No plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso também que estejam presentes todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para este domínio também o direito de igualdade, em sua dimensão material. (...) No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social.” In Barroso, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

¹³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Op.cit. p. 70-74.

¹³⁹ “Isso porque, mesmo que os pais tenham muito a ensinar aos filhos, a contribuir para a construção de sua dignidade e personalidade, esses – mesmo sem saber ou sem querer – também ensinam muito aos pais. Essa relação também se constitui uma relação em conjunto. Pode-se dizer, uma edificação familiar e afetiva, formada mediante o diálogo com o próximo.” In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit.p. 74.

¹⁴⁰ THEOPHILO, Rodrigo Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos da personalidade na temática da transsexualidade**. Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2008. P. 17.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* irradiou suas raízes para consubstanciar as relações entre os membros da família e assim, dentro deste *lócus*, valorizou a condição peculiar da criança e do adolescente. Bem como, dentro da idéia de dignidade como um valor comunitário que identifica o indivíduo em relação ao grupo e impõe responsabilidades e deveres que se entrelaça com a idéia de solidariedade.

2.2.2 O princípio solidarista aplicado ao Direito de Família.

De acordo com Teixeira¹⁴¹,

A família transcendeu uma concepção puramente eudemonista, que visa à felicidade individual, cujo fundamento é um individualismo desapegado de valores. A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais, que transpôs para seu interior a solidariedade social, pois seus membros são co-responsáveis uns pelos outros.

Para Tartuce, o fundamento deste princípio encontra guarida no disposto artigo 3º, I da Carta de Outubro que aduz “a solidariedade social é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil”.¹⁴² Emergindo assim um “novo tipo de relacionamento entre as pessoas, baseado na chamada solidariedade social”. Nesta esteira de entendimento Moraes informa que:¹⁴³

no Título I, denominado ‘Dos princípios Fundamentais’ e, como tal, sua essencialidade – qualidade do que é fundamental – faz com que desfrutem de preeminência, seja na realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários do ditado constitucional, seja na tarefa de interpretá-los e, à sua luz, interpretar todo o ordenamento jurídico nacional.

¹⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Op.cit. p. 28-29.

¹⁴² TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro (coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. – 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.8.

¹⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. p. 108.

Tal referencia expressa “à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador”.¹⁴⁴ O referido princípio amplia-se, abrangendo inclusive o Direito de Família e suas relações familiares, pois entre os relacionamentos pessoais a solidariedade deve vigorar,¹⁴⁵ gerando deveres recíprocos entre seus membros.

Um exemplo desse princípio é o dever de alimentos, “a imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar”.¹⁴⁶

Teixeira¹⁴⁷ aduz que, é a busca por uma “família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual, mas também da reciprocidade, com uma vivência mais solidarista”. Segundo a autora, “a família solidarista é o novo paradigma, que vem substituir o da família patriarcal. Não é mais o patrimônio o valor fundamental, mas sim a pessoa humana”. Dentro desta ótica a autora afirma que, cabe ao Estado, desde que “garantidos os limites da ordem pública, assegurar à família as condições básicas de livre exercício de suas opções”, oferecendo, assim, que nasça no esteio familiar, “a cidadania e, por conseguinte, democracia”.

A valorização do afeto no seio familiar acabou por despatrimonizá-la, deixando assim de ser vista como um núcleo, essencialmente, econômico. Seus membros, “passaram a ter mais autonomia e liberdade”. Sua importância se consubstancia na medida em que se torna um instrumento de realização para seus componentes.

2.2.3 O princípio da afetividade e a abertura de novas famílias

Sendo assim, a incorporação pelo direito civil da carga axiológica da Constituição Federal acabou modificando o cenário do direito privado no Brasil. A carga valorativa estendeu-se para as relações privadas e propiciou à recepção de um novo princípio que ficou conhecido como *princípio da afetividade*, este acabou tornando-se basilar ao que tange a constituição das relações familiares. Diferentemente da Constituição da República, o Código Civil de 2002, explicitou em seu bojo

¹⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. p. 110.

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do direito de família brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Op.cit. p.8.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 62.

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. op.cit. p. 28-35.

positivista as palavras *afetividade e afeto* para dois momentos distintos e ambos ligados à figura dos filhos enquanto menores. É o que se extrai da leitura do art. 1583, I: **afeto** nas relações com o genitor e com o grupo familiar e do art. 1584 § 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.¹⁴⁸

A interpretação deste artigo leva em consideração, além do grau de parentesco entre a criança e seu futuro guardião, os laços afetivos, ou seja, o grau de relacionamento existente entre estes, ou seja, os laços advindos da convivência.¹⁴⁹

Segundo Pereira¹⁵⁰, os laços afetivos não nascem do vínculo sanguíneo e sim da convivência e do respeito entre os integrantes da família e que manter este vínculo é garantir a felicidade de seus entes. Para a existência de uma “entidade familiar”, necessário a presença de um “afeto especial” que não importa se decorrente da relação “conjugal ou parental”, que, em ambos os casos, seja reconhecido como um “afeto familiar.” Conclui-se que pode ser “(...) o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental”.

O autor comenta que para que haja o reconhecimento de um núcleo familiar imprescinde do elemento afeto. Ele é o “vínculo formador de família”. Mas ele não subsiste sozinho, deve “co-existir com outros, embora sua presença seja decisiva e justificadora para a constituição e subsistência de uma família.”

A aceitação do afeto como princípio, segundo o autor, produziu consequências no ordenamento jurídico pátrio. A mais relevante “encontra-se na jurisdicalização da paternidade socioafetiva,” diz o autor. É o reconhecimento da existência de parentalidade entre pessoas unidas por laços de afeto independentes dos vínculos sanguíneos.

¹⁴⁸ Conclusão extraída da leitura dos artigos em comento. BRASIL, Lei n. 10.406 de 2002 que disciplinou a respeito do Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2010.

¹⁴⁹ “as leis sobre a filiação são uma construção social e uma forma de fazer a sociedade aderir a princípios ordenadores que contemplem a diversidade humana, valorizando modelos que dêem vez ao afetivo”. In UZIEL, Anna Paula. Op.cit. 27.

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 128-132.

A paternidade socioafetiva¹⁵¹ deriva deste entendimento. A legislação não fez expressa previsão desta forma de relação parental. Aduz-se sua existência da leitura do art. 1.593 do (CC) que diz “o parentesco é natural ou civil”. A produção da aceitação seja jurídica ou social, desta relação não deveria possuir o condão de expurgar da vida de uma criança a existência do genitor biológico. Segundo o entendimento de Pereira¹⁵², “a inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos.” Abrindo espaço para repensar no Direito como um caminho inclusivo de indivíduos, não sendo usado para extirpar as pessoas uma da vida das outras.

Mesmo que de forma implícita, o *princípio da afetividade*, está presente dentro do ordenamento constitucionalista. Sendo visto como mais uma raiz decorrente do *princípio da dignidade da pessoa humana*, para propiciar aos membros da sociedade o direito de viver numa sociedade justa, igualitária e fraterna.

Dentro desta perspectiva, a incorporação de concepções afetivas acabam por oferecer espaço para que sejam produzidas outras discussões importantes tais como, a aceitação do *dever fundamental de cuidado*.¹⁵³ Segundo Bittencourt, “O cuidado é o corpo de delito do afeto.”¹⁵⁴ Dizendo de outra forma, pode-se deduzir que aceitar o cuidado como um princípio que visa nortear as relações de família decorre, de forma reflexa, do *princípio da afetividade* corolário do *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Confirmando a tese de Direito como meio de inclusão, baseado no princípio da afetividade, alguns tribunais, em especial do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, andam reconhecendo a existência de laços afetivos extensos à figura paterna e materna. É o que se extraí do texto a seguir:

Constitui princípio fundamental de moral familiar, sem qualquer desrespeito aos direitos paternos, a manutenção de relações de amizade e de certo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, sendo odiosa e injusta qualquer oposição paterna,

¹⁵¹ É a caracterização de “uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.” In DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op.cit. p. 342.

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 132.

¹⁵³ “Uma vertente de pensamento que começa a tomar corpo é a que pretende estudar o cuidado como um valor jurídico. A valorização do ato de cuidar de outrem é uma resposta madura da ordem jurídica à necessidade de solução de conflitos de natureza familiar, principalmente quando o “credor” do cuidado seja criança ou adolescente”. BITTENCOURT. Sávio. A nova Lei de Adoção: Do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010. p. 15.

¹⁵⁴ BITTENCOURT, Sávio. Op.cit. p. 154.

sem estar fundada em motivos sérios e graves; assim, **constitui abuso do pátrio poder** o impedimento, direto ou indireto, a que o ascendente mantenha estritas relações de visita com sua neta, procurando apagar nesta todo vestígio de sentimento pelos componentes da família de sua falecida mãe. (...)Embora o Código Civil não contemple, de modo expresse, **o direito de visita entre avós e netos**, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal (art. 409, I) e de sucessão legítima (art. 1.603), além de outros preceitos. **“O direito dos avós de visitarem os netos e de serem por eles visitados, constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei”**¹⁵⁵ (TJRGS, 109/353). (grifo nosso).

Tal decisão segue a linha de se priorizar o princípio do *melhor interesse da criança e do adolescente* e da *afetividade* estendendo o *direito à convivência familiar e comunitária* a todos os membros da família, sempre que este atenda aos *melhores interesses da criança ou do adolescente*, a convivência com aqueles que construíram laços de afeto, elemento necessário a um desenvolvimento sadio da criança.

O reconhecimento do afeto como princípio é de máxima importância à dignidade da pessoa humana, além de que se encontra abarcado dentro de outros princípios como *da igualdade, da solidariedade, do melhor interesse da criança*, entre outros. É consubstanciado nesse entendimento que o *direito de convivência familiar e comunitária*, encontrar-se pautada como um meio para o reconhecimento de outros modelos de família além das legalmente aceitas, como será, em momento oportuno, apresentado.

2.3 Os modelos constitucionalmente previstos de família e suas limitações frente à realidade social.

Instado constantemente a se pronunciar, em decorrência do engessamento provocado pela leitura do artigo 226 e seus incisos, o Estado, como não pode se escusar de analisar questões de direito, acaba por inaugurar entendimentos que remontam ao tempo discriminatório do Código de 1916. Como é no caso das famílias plurais.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/visitas.pdf. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

¹⁵⁶ Conforme dito, a família contemporânea, baseada em laços de afeto, não mais matrimonializada e hierarquizada, rompeu com os parâmetros da sociedade burguesa, onde a concepção de família, pautada

Essa *pluriparentalidade*¹⁵⁷, ou seja, a pluralidade de laços é uma realidade atual. Crianças e adolescentes são criadas em ambientes onde circulam as mais variadas pessoas – tios, avós, primos, amigos, facilitando a extensão dos laços afetivos sem as reservas impostas pela “relação parental tradicional”, como afirma Uziel¹⁵⁸.

Segundo Uziel¹⁵⁹, essa legitimação ofertada pelo Estado, a alguns modelos do que seja família, acaba refletindo na aceitação da própria sociedade de como devem ser as organizações familiares, permitindo o desprezo a quaisquer outros modelos que venham a diferir do legalmente estabelecido. Por mais elástica que a norma consiga ser quando explicita alguns modelos para receber esta proteção, também consegue engessar ou deixar de fora do sistema jurídico quando se fecha em modelos determinados.

Ao definir juridicamente quais são os modelos de família merecedoras de sua *proteção*, segundo a autora acima, acaba por oferecer uma espécie de “privilégio simbólico” que não consegue acompanhar a dinâmica social. Propiciando um engessamento à possibilidade de serem reconhecidos outros modelos, diferentes do previsto, deixando estes desprovidos da atenção e proteção do Estado, como ocorrera outrora.¹⁶⁰

A idéia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar a certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma aureola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento¹⁶¹.

nos laços matrimoniais, apenas concebiam o modelo: pai, mãe e filhos. Atualmente circulam, principalmente quando as primeiras famílias rompem os laços conjugais, a figura das famílias recompostas. Neste modelo circulam vários indivíduos, dando origem a concepção de famílias plurais. Conforme Uziel, “as famílias recompostas impõem um desafio: não se trata de lugares a ocupar, mas a inventar.” In UZIEL, Anna Paula. Op.cit. p. 53.

¹⁵⁷ Termo utilizado pela autora Uziel que fora retirado da expressão francesa pluriparentalité. op.cit. p. 52.

¹⁵⁸ UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 52.

¹⁵⁹ UZIEL, Anna Paula. Op.cit.p. 21.

¹⁶⁰ Período de vigência do Código Civil de 1916 que fazia distinção dos papéis do homem e da mulher dentro do contexto familiar bem como dos filhos havidos nascidos dentro de uma união familiar fundada nos laços matrimoniais dos filhos nascidos de laços decorrentes do afeto. Neste período a união de pessoas não reconhecidas pelos laços do matrimônio eram consideradas como desrespeitosas ao Estado e a sociedade, foi um período marcado por injustiças e descomprometimento do Estado para com os cidadãos de sua sociedade.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Op.cit.p. 48.

Em consonância com a questão acima é possível perceber que se encontram inseridos no texto constitucional pátrio três modelos do que se pode considerar por família. Dentre eles, o primeiro funda-se na concepção matrimonialista, ou seja, consagrado em virtude da união de pessoas de sexo diferentes advindos do casamento, seja ele civil ou religioso – concebido como o modelo ideal. O segundo, aquele sem a celebração civil ou religiosa, ou seja, advindos de um desejo de coabitação sem as formalidades do casamento intitulado de *união estável*. E por último o formado por qualquer dos pais e seus descendentes conhecido como *monoparental*. Modelos, conforme, dito exemplificativos, do que se pode considerar como família. Todos previstos no artigo 226 da Constituição Federal e melhor explicados no decorrer do texto.

Dentro desta linha de entendimento, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF), quando procurados para manifestarem o entendimento sobre o que é família, lastreados pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, têm ampliado este conceito de entidade familiar. Em um dos julgados, instado a decidir sobre a impenhorabilidade do bem de família reconheceu, como entidade familiar, o separado que vive só, conforme se apresenta abaixo:

O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, **é separada e vive sozinha**, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência" (REsp nº 205.170/SP, DJ de 07/02/2000; no mesmo sentido: REsp nº 182.223/SP, Relator o Senhor Ministro **Luís Vicente Cernicchiaro**, DJ de 20/09/99).¹⁶²(grifo nosso).

Neste mesmo sentido decidiu que irmãos solteiros que residam no mesmo imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso gozam da proteção de impenhorabilidade do bem de família.¹⁶³

¹⁶²

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=70411&nreg=200000312487&dt=20001106>. Acessado em: 14 de dezembro de 2010.

¹⁶³ BRASIL, STF. **Resp** 57.606/MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJU 15.05.1995) (RSTJ 81/306). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/555382/recurso-especial-resp-57606-mg-1994-0037157-8-stj>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

Estas situações não se encontram previstas no rol supracitado como entidade familiar, é construção doutrinária e jurisprudencial. Que encontra base, conforme dito antes, no *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Os modelos, previstos no artigo 226 da Constituição, considerados à luz do *princípio da dignidade da pessoa humana*, consubstanciado pelo dito no artigo 5º parágrafo 2º do mesmo ordenamento, possibilita aos operadores do direito outras interpretações. Ainda nesse entendimento alguns tribunais andam assegurando, por analogia, que

À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. [226](#), da [Constituição Federal](#) não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual [Carta Política](#), há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.¹⁶⁴

Conforme dito, a Carta de Outubro elencou três modelos de família, que foram aceitos tanto pela sociedade como para o direito. Conceber as relações familiares engessadas em modelos pré definidos acaba por oferecer padrões discriminatórios, conforme será abordado.

O primeiro modelo é aquele formado pela união de um homem e uma mulher ligados pelos laços matrimoniais do casamento, ou seja, o “tradicional”. Para este, não há dúvidas ou questionamentos de sua proteção e formação, concebida como o modelo ideal, inclusive possuindo proteções distintas dos demais modelos.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>. acesso em: 20 de dezembro de 2010.

¹⁶⁵ Importante destacar, neste caso de distinção, a possibilidade de presunção de paternidade do filho da mulher casada.

Já o segundo, também conhecido como *união estável*¹⁶⁶ definiu que sua esfera de proteção abarcaria somente aquelas pessoas constituídas de duas figuras de gênero opostas, ou seja, uma figura masculina e outra feminina, deixando de fora pessoas que coabitam e se sentem como uma família, como no de casais do mesmo sexo, ou seja, os homossexuais ou *homoafetivos*¹⁶⁷.

O terceiro modelo ficou conhecido como *família monoparental*. Segundo Uziel¹⁶⁸, esta apresenta contornos de discriminação. O conceito está intimamente ligado à existência de uma criança vivendo sob o mesmo teto de um adulto, ou seja, aquela convivendo com apenas um dos pais. As casas, onde adultos vivem sozinhos, não são considerados lares familiares. Grande parte das crianças que vivem sob a guarda de um dos genitores – guarda unilateral – possui o outro genitor, isto é, um pai ou uma mãe. Negar aquele que não possui a guarda exclusiva o status de família é além de negar o direito de ser tratado de forma igualitária ao outro genitor, é retirar-lhe o vínculo afetivo. Transformando-se assim em uma forma de exclusão do pai solteiro da visão protetiva de família o que é violação patente ao princípio de igualdade.

Do que foi exposto, ainda na visão da autora, até o momento é possível inferir que esta terminologia tem-se mostrado insuficiente. Uma vez que a noção de parentalidade que se vem construindo não é só baseada em laços biológicos, mas, sobretudo os simbólicos.

Dentro do contexto das famílias monoparentais nasce à possibilidade de um novo formato familiar. É a formação de uma nova família, segundo Grysard Filho¹⁶⁹,

Família reconstituída é a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem um ou vários filhos de uma relação anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou madrasta. Ou que exista ao menos um filho de uma união anterior de um dos pais.

¹⁶⁶ Quando um homem e uma mulher se unem, pelos laços afetivos, com o intuito de procriação e estabilidade, também conhecido como forma de união livre.

¹⁶⁷ Termo utilizado por Maria Berenice Dias ao explicar que esta relação se constitui pelo afeto, ou seja, é uma união decorrente de laços afetivos. Ressalta-se que o afeto é um valor reconhecido juridicamente.

¹⁶⁸ UZIEL, Anna Paula. Op.cit. p. 33-37.

¹⁶⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas**: Novas uniões depois da separação. 2 ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.85.

Existem vários modelos plurais de família e nenhum deles foi consagrado pela sociedade e nem pelo direito. Segundo Dias¹⁷⁰, existe a “família anaparental”, aquela formada por parentes ou não parentes que convivam em uma estrutura com “identidade de propósito”. Esse modelo de entidade familiar constitui-se, por exemplo, no caso de duas irmãs que durante anos viveram juntas e conjugaram esforços para construção de acervo patrimonial.¹⁷¹

. Outro modelo que também reflete os ideais de família é a entidade de convivência entre pares do mesmo sexo, ou seja, dois homens ou duas mulheres, chamada de homoafetivas.¹⁷² Este modelo existente na sociedade brasileira e não contemplado pelo ordenamento vigente está colocado à margem da sociedade, considerado por muitos como uma doença ou um desvio de caráter trazendo à tona velhos conceitos discriminatórios que não coadunam com os princípios basilares da Magna Carta, ou seja, da dignidade da pessoa humana.

Os modelos acima descritos, aceitos ou não pelo legislador, difundem-se dentro da sociedade estabelecendo situações jurídicas de fato, como exemplo *adoção unilateral* de crianças por um dos membros do casal homoafetivo. Não pode o legislador e nem o Judiciário ficar omissos quanto a estes fatores, pois negar-lhes legitimidade é negar-lhes direitos constitucionalmente previstos. A Carta da República possui um texto aberto exatamente para poder recepcionar *novos direitos*. Direitos estes que venham a promover ou efetivar a dignidade da pessoa humana, e não a excluir. Segundo Lobo¹⁷³,

não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op.cit. p. 47.

¹⁷¹ Na hipótese de falecimento de uma delas não seria justo para com a outra irmã sobrevivente dividir os bens conjuntamente amealhados com os demais irmãos, *em nome da ordem de vocação hereditária*. Não seria ético aplicar o entendimento da Súmula 380 do STF, para conceder a esta formação familiar o tratamento de sociedade de fato, e sendo assim, conceder a metade dos bens à irmã sobrevivente. A única solução que mais se aproxima de um “resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio”. In DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op.cit. p. 47.

¹⁷² “A Constituição emprestou, de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável”. “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.” In. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op.cit. p. 45.

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 27 fev. 2011.

podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

A família constitucionalmente desenhada co-responsabiliza seus membros uns pelos outros, ou seja, nessa ótica, todos estão voltados para a construção e felicidade de seus sujeitos. Sendo assim, a valorização dos sentimentos no âmbito familiar conduz, necessariamente, à promoção de sua dignidade. Cavalcanti afirma que:

A Constituição de 1988 abre caminho, por meio de determinados princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da paternidade responsável, do planejamento familiar, da afetividade e do melhor interesse da criança, para novas organizações familiares.¹⁷⁴

Baseado no entendimento de Sarmento¹⁷⁵ acredita-se que a imposição do Estado ao proteger e aceitar somente os modelos contidos no artigo 226 da Constituição como sendo aqueles detentores de sua proteção acaba por infringir preceitos constitucionais que existem com a intenção de dissipar injustiças pretéritas e não como meio de aumentá-las. A visão que suporta o direito é a de que a pessoa humana não pode ser obrigada, segundo o princípio da autonomia individual, a seguir um modelo predeterminado pelo Estado que tem por objetivo garantir através de todos os meios possíveis a concretização dos direitos previstos na Carta da República. Sendo assim, não se deve aceitar a restrição de tais direitos formulada por uma concepção tradicional que não mais acompanha o desenvolvimento social. Assim, quando o Estado não reconhece como um modelo de família as uniões de pessoas do mesmo sexo priva-os de direitos, muitas vezes ligados às condições básicas de existência, além de que se faz entender que o afeto existente nestas relações não é reconhecido pelo Estado. Estas atitudes atentam contra a dignidade deste grupo social. Ao não reconhecer os modelos já existentes na sociedade como família, o Estado, acaba por engessar a possibilidade de oferecer um lar a crianças e aos adolescentes colocados em abrigos, seja em virtude de maus tratos dos pais biológicos ou de abandono. Estas crianças estão privadas do direito à convivência familiar e comunitária, quando impossibilitadas de voltar ao seio familiar

¹⁷⁴ CAVALCANTI, André Cleófas Uchoa. Op.cit. p. 17.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Op.cit. p. 145-146.

biológico, destituídos de direitos mínimos e toda forma de exclusão atentam contra a dignidade destas.

Importante perceber que o *princípio da dignidade da pessoa humana* é o balizador contra múltiplas injustiças e é o meio idôneo capaz de corrigir, proteger e emancipar grupos vitimados por preconceitos.¹⁷⁶ Assim, fica claro que, os laços biológicos cederam lugar prioritário ao compromisso da afetividade, inclusive no âmbito das relações parentais.¹⁷⁷

2.4 O direito à convivência familiar e comunitária frente ao direito de afeto no cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

O artigo 227 da Carta Republicana disciplinou os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e co-responsabilizou a família, a sociedade e o Estado como aqueles que têm o dever de assegurar-lhes. A visão doutrinária é de que aqueles direitos são o mínimo necessário para que estes indivíduos em peculiar condição de desenvolvimento possam crescer e desenvolver-se de uma maneira sadia e tranqüila.¹⁷⁸ Garantindo à criança o *direito à convivência familiar e comunitária*¹⁷⁹, como se depreende do transcrito a seguir:

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.
 ”¹⁸⁰(grifo nosso)

Segundo Teixeira¹⁸¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído no ordenamento jurídico em virtude das premissas diretivas consagradas pelo artigo 227 da

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Op.Cit. p. 146.

¹⁷⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 31.

¹⁷⁸ VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Op. Cit. p. 44.

¹⁷⁹ BITTENCOUT, Sávio. Op.cit. p. 39.

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). (Resp). 757.411. Recorrente V. de PF de OF. Recorrido: ABF. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de maio de 2010.

¹⁸¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 81-82.

Carta Magna, estabeleceu normas protetivas referentes às crianças e adolescentes. Essas normas consagram todos os direitos previstos na Carta da República bem como estabelece a noção de “deveres fundamentais”. O Estatuto prevê tanto os direitos como os deveres daqueles que estão com uma criança ou adolescente em sua companhia. No art. 19 do ECA priorizou a convivência familiar com a família de origem, ou seja, a biológica e, excepcionalmente, nos casos que ainda comentar-se-á, em família substituta, é o que se extrai do 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.¹⁸²(grifo nosso)

Toda criança tem o direito de ser amada, amparada e cuidada. De ser respeitada pelas suas opiniões e em especial pela sua condição de pessoa humana em desenvolvimento. Que está ligado à sua condição física, mental e social.

Quando se torna impossível a manutenção da criança em sua família de origem dever-se-á, sempre lastreado pelo *principio do melhor interesse* e com o intuito de promover a *convivência familiar e comunitária*

O *direito à convivência familiar e comunitária* envolve premissas que estão além de viver apenas num ambiente familiar, sustenta-se na idéia de afeto e cuidado. Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou delimitar o poder dos pais, ou seja, colocou limites na atuação destes a fim de proteger os infantes e adolescentes.¹⁸³ E a violação destes direitos, ou seja, o descumprimento injustificado do exercício parental acarretará aos pais, o que significa dizer àqueles que estão no exercício do papel de pai/mãe, sanções que variam da perda à suspensão do poder familiar. Lembrando que o decreto prescinde dos procedimentos legais, contraditório, ampla defesa, ou seja, do principio da legalidade bem como só deverá ser decretada mediante sentença judicial.¹⁸⁴

¹⁸² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n 8069 de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

¹⁸³ É o que se infere do artigo da leitura do art. 22 (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. BRASIL, Lei n. 8069 de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

¹⁸⁴ Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009). BRASIL, Lei n. 8069

A previsão de perda e a suspensão do poder familiar decorrem do princípio da especial proteção que o Estado oferece à família e a seus componentes, não podendo este, de forma arbitrária, impor sua decisão. Deve, em decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em processo judicial ser demonstrada o descumprimento pelos pais aos deveres estabelecidos pelo Estatuto.

Sendo assim, não se torna um procedimento arbitrário do Estado, haja vista seguir um rito estabelecido em lei preservando os direitos e princípios que dela decorrem. Respeitando assim todos os limites impostos para não agir de forma arbitrária dentro das relações privadas.

Como se percebe, o instituto do *direito à convivência familiar e comunitária* esta amplamente disciplinada e o afeto em suas mais complexas formas garantido, mas até que ponto o Estado está legitimado para inferir na autonomia da vontade dos particulares em sua esfera mais íntima? E como se aufere esta interferência para garantir o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

A dicotomia entre o público e o privado sempre permeou as discussões jurídicas. “(...) a família torna-se território estratégico e fronteira onde se dão os conflitos entre o público e o privado.”¹⁸⁵

Sendo assim, a necessidade de se apreender sobre os espaços e os limites entre a esfera da vida privada e a interferência do Estado.

2.5 Tentativas de reformulação do Direito de família: a lei da *alienação parental*

Na perspectiva, de assegurar que os direitos previstos na Constituição, um grupo de juristas do Instituto Brasileiro de Direitos da Família (IBDFAM) enviaram ao Congresso Nacional, no ano de 2007, um projeto com a finalidade de retirar o direito de família do Código Civil e assim criar um *Estatuto das Famílias*.¹⁸⁶ O objetivo é oferecer a esta entidade um lugar definido, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente ofereceu para a infância e juventude. Enquanto, o presente Estatuto das Famílias não consegue espaço de votação na agenda do Legislativo e com a finalidade de oferecer

de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

¹⁸⁵ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Op.cit. p. 5.

¹⁸⁶ Uma nova legislação que visa positivar um Direito de Família mais adequado às necessidades e à realidade da sociedade contemporânea. Mais que uma reforma no Código Civil, o projeto desmembra o título que trata do Direito de Família e reestrutura toda a matéria, criando um estatuto autônomo, com novas regras materiais e processuais. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf. Acessado em: 22 de agosto de 2010.

proteção à esfera da família, em especial, assegurar o *direito à convivência familiar e comunitária* que o Deputado Régis de Oliveira propôs um projeto que visa coibir o interesse de um genitor em afastar ou programar uma criança ou adolescente contra o genitor não guardião, ou seja, aquele que detém o direito de visitas.

O projeto foi aprovado pelo Senado Federal em agosto de 2010 - Lei n. 12.318/10. Definindo em seus artigos o que vem a ser ou pode ser considerado como *Alienação parental*, quais atitudes podem vir a ser consideradas como formas de alienar uma criança ou adolescente, bem como quem poderá vir a praticá-la, estabelecendo igualmente medidas que possam inibir tal prática. Introduzindo, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura da *alienação parental*. Encontra-se no art. 2 os exemplos para identificação deste ato.¹⁸⁷

Nesta perspectiva, caberá ao Estado, através do Judiciário, inferir nas relações privadas com o intuito de resguardar o *direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Pergunta-se: até onde os poderes do Estado estão institucionalmente preparados para auferir das relações familiares, tão complexas em si, se um genitor ou seus parentes, quando estão com o intuito de afastar do convívio de uma criança ou adolescente a figura do outro é caso de alienação ou de proteção?¹⁸⁸ Quais os limites entre um e outro para que o Estado estabeleça diretrizes para ou aplicar a lei da *alienação parental* ou as medidas protetivas previstas no art. 157 do (ECA) ou ainda, até que ponto os pedidos de *adoção unilateral* podem estar escondendo uma possibilidade de *alienação parental* alicerçando-se no descumprimento, pelo genitor

¹⁸⁷ Artigo 2º parágrafo único - São formas exemplificativas de *alienação parental*, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. In BRASIL, Lei n. 12.318 de 2010 que instituiu a Lei da *Alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

¹⁸⁸ Ressaltando os casos de Isabella Nardoni e Pedrinho. Crianças com idade de 5 anos que foram vítimas dos seus genitores biológicos e suas atuais cônjuges.

substituído, das funções parentais? Buscando esclarecimento destas e de outras respostas que se tratará no próximo capítulo sobre os temas: *abandono afetivo*, *alienação parental* e as funções que o Estado atribuiu aos pais, ou seja, a *responsabilidade parental*.

CAPITULO 3 ABANDONO AFETIVO E OS DIREITOS PARENTAIS

Antes de entrar no tema do *abandono afetivo*, pretende-se discutir o que o Estado elabora como *função parental*¹⁸⁹ e de que forma essa elaboração desemboca na *responsabilidade parental*.¹⁹⁰ Neste íterim destacar-se-á o lugar do *cuidado* para o desempenho destas funções, buscando apreender de que forma se ligam à doutrina do *melhor interesse da criança e do adolescente*.

Procurar-se-á, dentro do entendimento doutrinário, conceituar as figuras do *abandono afetivo* e *alienação parental*, tentando abordar onde as mesmas se assemelham e em que pontos se distanciam.

3.1 Infância e juventude: as atribuições jurídicas impostas à família, à sociedade e ao Estado.

O legislador, no artigo 227 (CF) atribuiu, juridicamente, deveres à família, à sociedade e ao Estado. Cabendo a todos eles, em conjunto, assegurar que os direitos preconizados na Carta de Outubro, destinados aos infantes e adolescentes, sejam respeitados com absoluta prioridade.

Em virtude do olhar doutrinário de que crianças e adolescentes seriam incapazes, física, psicológica e juridicamente, de se autotutelarem é que surge a base de fundamento para a possibilidade de previsão, no ordenamento jurídico, de sua tutela. Os demais ordenamentos infraconstitucionais, segundo Firmo¹⁹¹, seguiram o pensamento do legislador constitucional atribuindo, aos entes acima mencionados, o papel de

¹⁸⁹ Cumpre ressaltar que será usado o termo função parental para designar a imposição de obrigações imposta pelo Estado aos pais. O termo poder familiar ou autoridade parental para designar o desempenho destas obrigações.

¹⁹⁰ Destaca-se que encontrou-se certa profusão de termos para **designar o desempenho das funções atribuídas pelo Estado aos pais**. Maria Berenice Dias, Caio Mário da Silva Pereira entre outros utilizam-se de Poder Familiar (termo atribuído pela legislação), enquanto Gustavo Teppedino, Ana Carolina Brochado, entre outros, preferem o termo autoridade parental. Não haverá prevalência entre um termo ou outro, adotando-se aquele conforme o doutrinador usado no momento da reflexão. Cumpre informar que o (PL) que visa instituir um código único para tratar do direito de família tem como objetivo modificar o termo poder familiar, atualmente utilizado tanto pela lei quanto pela doutrina, por autoridade parental. “adotou-se autoridade parental, como a melhor denominação para o instituto.” In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 4.

¹⁹¹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. De acordo com o Novo Código Civil (Lei 10406/02) – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22-23.

promover, assegurar e garantirem a plena efetivação destes direitos. Conforme este entendimento, o Código Civil de 2002, disciplinou o poder familiar¹⁹².

A ótica que sustenta a doutrina é a de que a criança, quando nasce, não possui condições, sozinha de sobreviver. Necessita de cuidados essenciais para que sua vida possa desenvolver-se dentro de um limite mínimo, nascendo assim entre ela e seus cuidadores um elo de dependência. Desta forma, os primeiros cuidados se justificam em função da finalidade de proteger a integridade física e moral desta.¹⁹³ Nesta perspectiva é que se estabelece a razão de atribuir aos pais uma “certa” autoridade sobre seus filhos. O objetivo dessa autoridade é “conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem.”¹⁹⁴

Segundo Perlingieri¹⁹⁵, as relações entre pais e filhos devem ser enquadradas no respeito ao princípio da igualdade e de unidade familiar. Para que ocorra o exercício dos direitos fundamentais e o cumprimento das *funções parentais*. Alertando que os poderes conferidos aos pais em razão dos filhos enquanto menores de idade não deve ser entendido como um poder-sujeição, não é uma relação entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas na qual não se pode conceber um sujeito subjugado a outro. Dentro desta ótica esclarece Vianna¹⁹⁶ que, a autoridade parental não é um poder arbitrário.

Dentro do entendimento, de que os infantes e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e por isso merecem a tutela estatal, o Brasil assinou um pacto referente aos Direitos da criança. Neste ficou acordado que os Estado membros deveriam atribuir responsabilidades aos pais e promover assistência adequada para que eles pudessem desenvolver suas atribuições. É o que se extrai do disposto no art. 18.1¹⁹⁷ e 18.2¹⁹⁸ do referido texto.

¹⁹² Autores como Ana Carolina Brochado Teixeira prefere utilizar a expressão autoridade parental, explica que a troca da expressão pátrio poder por poder parental se deu apenas para fazer um ajuste entre a expressão e o princípio da igualdade, haja vista o termo pátrio poder levava a idéia de “poder do pai.” Esclarece ainda que a atual codificação civilista não oferecesse mudanças substanciais ao conteúdo da matéria tampouco fez uma revisão conceitual aprofundada. In Teixeira, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Op.cit. p.4.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit.p. 328.

¹⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (dê)necessidade da guarda compartilhada. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. op.cit. p. 252.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed., ver. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

¹⁹⁶ VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. op.cit. p.431.

¹⁹⁷ Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A

Ao reconhecer que os pais são responsáveis solidários em razão dos filhos, o Estado, através do ordenamento jurídico, promoveu a igualdade entre eles, bem como adotou, o entendimento de que é o interesse da criança e do adolescente que deverá ser visualizado e não o dos pais. Define-se legalmente responsabilidade como uma obrigação de responder por ações próprias ou dos outros. A doutrina civilista, de acordo com Diniz,¹⁹⁹ entende o termo *responsabilidade parental* como sendo uma atribuição aos pais em razão dos filhos menores e enquanto estes estiverem sob sua autoridade e companhia, inclusive se causarem danos a terceiros (art. 932, I CC). Assim sendo revela-se omissivo no que tange a compreensão daqueles que de fato guardam ou tutelam crianças e adolescentes e são por estes responsáveis em sentido amplo. Segundo Vianna²⁰⁰, deve-se conceber o princípio da responsabilidade parental, como implicitamente previsto no ordenamento civilista.

A doutrina preconiza que para que estas responsabilidades consigam ser implementadas de forma satisfatória prescinde-se de *convivência familiar*²⁰¹. Pois é através desta que os pais, quando assumem o desempenho das funções atribuídas pelo Estado, conseguem exercer de forma satisfatória o *múnus* imposto pelo Estado. E quando estes se omitem dessa *convivência*, seja dentro do mesmo espaço físico ou não, estão desrespeitando uma obrigação e gerando, além das sanções que logo abaixo serão informadas, um mal que pode ser compreendido pelo nome de *abandono afetivo*.

Neste entendimento, necessário se faz entender os limites impostos a cada ente, família, sociedade e Estado como responsáveis por assegurar os direitos previstos na Carta de Outubro.

responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe principalmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental. (grifo nosso). In Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 29 de dezembro de 2010.

¹⁹⁸ Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância. In Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 29 de dezembro de 2010.

¹⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8ª edição atualizada de acordo com o novo Código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2002. op.cit. p. 545.

²⁰⁰ VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. op.cit. p.431.

²⁰¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e autoridade parental**. Op.cit. p. 140-167.

3.1.1 Limites normativos entre os deveres da família, da sociedade e do Estado.

Encontra-se no artigo 229 da (CF) a atribuição constitucional das funções dirigidas aos pais²⁰² pelo Estado. Para estes incumbe os deveres de assistência, criação e educação dos filhos, enquanto menores de idade. Teixeira²⁰³ afirma que, os deveres acima mencionados: assistência, criação e educação, encontram-se vinculados à formação da personalidade da criança ou adolescente bem como têm por finalidade a realização dos direitos fundamentais dos filhos. Cabe lembrar que neste artigo encontra-se manifesto o *princípio da solidariedade familiar* quando impingiu tanto para os pais quanto para os filhos o dever de assistência mútua.

Nesse mesmo entendimento, o (ECA), no art. 22, estabeleceu que aos pais incumbe-se o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, enquanto menores. Ao que se refere à educação de crianças e adolescentes, dispõe o art. 205 (CF), que esta será promovida pela família que deverá assumi-la concorrentemente com o Estado, sendo que a obrigação deste se dará através da inauguração de estabelecimentos escolares e leis com este intuito, e que contará com o apoio da sociedade.²⁰⁴

A legislação civil, ao que compete ao exercício do *poder familiar* em razão do direito quanto à pessoa dos filhos, erigiu no art. 1.634 outras funções além das acima referidas. De acordo com Ishida²⁰⁵, estabeleceu, inclusive, o dever de tê-los em sua companhia e guarda; o dever de representá-los até os 16 (dezesesseis anos) nos atos da vida civil; de assisti-los após essa idade; de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir dos filhos obediência, respeito e quando for necessário prestar-lhes serviços, que estes sejam condizentes com a idade e condição física dos mesmos.

²⁰² O termo usado na lei é pais. Porém entende-se, em virtude da atribuição da parentalidade, que o termo *pais* refere-se a uma função/papel e por isso o entendimento doutrinário é de que caberá aquele que no trato social ou jurídico esteja desempenhando/exercendo a função com o intuito de. Não se fará correlação se esta figura está ligada ao do genitor ou do sócio afetivo. Entendendo-se que entre ser genitor e ser pai existe ampla diferenciação. Quando se fizer menção à palavra genitor será em virtude de este oferecer a origem biológica para a criança e pai aquele que encontra-se desempenhando as funções parentais.

²⁰³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (dê)s necessidade da guarda compartilhada. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. op.cit. p. 251.

²⁰⁴ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 23.

²⁰⁵ ISHIDA, Valter Kenji. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. Comentários. 6 ed. – São Paulo: Atlas, 2005.p. 26.

Segundo Pereira²⁰⁶, através da leitura do art. 226, § 5º, da (CF), o dever parental deverá ser desempenhado pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições. Perlingieri²⁰⁷ afirma “ao atribuir o Pátrio Poder a ambos os genitores, o ordenamento exalta a filiação com a relativa responsabilidade em relação à manutenção, a instrução, a educação”. Conforme se apreende, aos pais, é atribuída a responsabilização ao que deriva dos deveres de assistência, criação e educação dos filhos. Segundo Gonçalves²⁰⁸, decorre de uma necessidade natural, ou seja, constituída a família e os filhos nascidos, aos pais incumbe além de alimentá-los o dever de educá-los e dirigi-los. Firmo nos conta que²⁰⁹,

(...) a Constituição remete aos pais (pai e mãe) **a responsabilidade direta e primeira com relação aos seus filhos menores** (crianças e adolescentes), respeitando-se assim o pátrio poder e, neste sentido, ampliou tais responsabilidades quanto aos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, aos quais garantiu, no art. 227, 6º, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Segundo a doutrina, conforme dito, estas funções, representam um verdadeiro *múnus público*. Nota-se que o Estado, na figura do legislador, estabeleceu os deveres que devem ser desempenhados e, atribuiu aos pais, o exercício delas.²¹⁰

Cada uma destas funções, segundo Ishida, deve ser desempenhada dentro do entendimento do *princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente* e cabendo ao Estado, a tarefa de, em caso de descumprimento, intervir para assegurar a eficácia da determinação legal. Essa interferência do Estado é uma verdadeira intervenção de terceiros na seara privada.

Nota-se que o instituto da guarda faz parte da estrutura do *poder familiar*, mas que diferencia-se do conteúdo deste.²¹¹ Ou seja, dentre as responsabilidades dos pais

²⁰⁶ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos**. 6ª edição de acordo com o Código civil de 2002. Atualizadora: Lúcia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. op.cit. p. 275.

²⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Op.cit. p. 258.

²⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume VI: Direito de Família – 6ª edição revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 372.

²⁰⁹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 24.

²¹⁰ ISHIDA, Válder Kenji. Op.cit. p.26-27.

²¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e autoridade parental**. Op.cit.p. 105.

para com os filhos encontra-se o direito/dever de estar em sua companhia, que significa estar em companhia permanente.²¹²

Segundo Firmo²¹³, ao Estado, não coube somente a fiscalização e intervenção, outras responsabilidades lhe foram atribuídas dentro dos limites estabelecidos pela Convenção das Nações Unidas.

Ao disciplinar como sendo um dever para os pais e responsáveis garantir às crianças e adolescentes proteção e cuidados especiais e, na falta destes, compete ao Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o fizessem, atendeu ao que estava recomendado pelo *princípio da proteção integral* cumulado ao do *melhor interesse da criança e adolescente*, conforme afirma Pereira.²¹⁴

Por outro lado, para a sociedade, na visão de Firmo²¹⁵, impôs-se respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes, os direitos de cidadania com a finalidade de garantir-lhes uma convivência comunitária a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A sociedade é vista como a que tem o direito-dever de contribuir para que as propostas constitucionais de proteção integral da criança e do adolescente se concretizem, assim consagrando uma verdadeira democracia.

3.2 Conteúdo das funções parentais: assistência, criação e educação dos filhos

Bittencourt²¹⁶ informa que,

Competem aos pais, no exercício desta missão, os deveres fundamentais de dirigir a criação e educação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda, propiciando que tenham assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e autoridade parental**. Op.cit. P 115.

²¹³ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 24-25.

²¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito Da criança e do adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. op.cit. p. 22.

²¹⁵ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 26.

²¹⁶ BITTENCOURT, Sávio. Op.cit. p. 105.

A realidade social demonstra que a dissolução da relação conjugal, para um dos pares, poderia reportar a perda de uma importante parcela dos seus poderes, uma vez que se manifestaria no esvaziamento da convivência. Embora a dissolução da conjugalidade possua o condão de esvaziar o convívio diário com a prole, a doutrina afirma que, não lhe oferece o direito de exonerá-lo do respectivo cumprimento das funções parentais.²¹⁷ Conforme dito, as relações entre pais e filhos não se alteram com o rompimento da relação conjugal, sendo assim, na ótica de Teixeira,²¹⁸ “tanto a titularidade quanto o exercício da autoridade parental não sofrem modificações.”

De acordo com Teixeira, o dever de assistência caracteriza-se pela necessidade de prover a alimentação a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento dos filhos, é o que comumente se chama de *dever de sustento*. São as necessidades primeiras que todo e qualquer ser humano necessita para sobreviver. O descumprimento desta função acarreta crime previsto no Código penal brasileiro e será mais tarde comentado.

Entende-se o dever de educação, segundo Teixeira, sob duas óticas, uma formal e outra informal. A formal leva em consideração desde as condições de acesso e permanência na escola bem como a participação dos pais nesse contexto. A informal é mais ampla que a formal, pois neste sentido acaba por ligar-se ao conceito de criação, pois consiste desde a transmissão dos valores familiares bem como sua fiscalização. Segundo a autora, “a criação e a educação, principalmente, devem ser feitas de forma a viabilizar aos filhos o alcance da autonomia responsável, mediante a efetivação do processo educacional.” Sabe-se que a criação e a educação em muitos momentos podem entrelaçar-se.

Para Hironaka²¹⁹, o dever de educação imposto aos pais é uma forma de garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Sendo assim, cabe aos pais desempenharem as funções de educadores e de autoridade para a formação, enquanto pessoa humana, dos filhos. Enquanto Maggioni²²⁰ aduz que, o dever de educação não abrange somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, bem como devem ser estabelecidas condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. Conforme dito, o dever de educar vai além dos limites de propiciar acesso dos

²¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit.p. 106-144.

²¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (dê)s necessidade da guarda compartilhada. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. op.cit. p. 250-252.

²¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. Cit. p. 136.

²²⁰ MAGGIONI, Mário Romano. Processo n. 1.030.012.032-0. 2ª vara civil de Capão da Canoa/RS.

infantes e adolescentes à escola. Entende-se ser deste direito que os valores, as tradições e os costumes são repassados de pais para filhos. É dentro da convivência que ele encontra o meio de ser efetivado. O descumprimento do dever de educação, na concepção formal, acesso à escola, se não houver motivo justo, acarreta crime que também será mais adiante comentado. Já na sua concepção informal, não possui o mesmo entendimento legal.

Para Teixeira²²¹, o dever de criação começa com a concepção e encontra-se ligado ao suprimento biopsíquico da criança, ou seja, assistência às necessidades básicas, tais como: cuidados quando estiver doente, orientação moral, manifestações afetivas, apoio psicológico, abrigar, alimentar, acompanhar física e espiritualmente.

Encontram-se no Código Penal brasileiro referência a três modalidades como também no Código Civil cumulado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, analisados no item abaixo.

3.3 As diversas modalidades de abandono no direito pátrio e as sanções em casos de descumprimento das responsabilidades parentais

Conforme dito, as funções atribuídas pelo Estado àqueles que são ou estão responsáveis por crianças e adolescentes devem, no exercício de suas responsabilidades, atuarem de acordo com o que preconiza o *princípio do melhor interesse da criança e adolescente*. O “mau desempenho” destas funções acarreta sanções. Neste item, apresentarão observações em âmbito doutrinário-jurídico, a respeito do descumprimento.

Segundo Firmo²²²,

(...) não há direito juridicamente protegido sem que haja a possibilidade de se exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, **nem existe responsabilidade sem imposição de reparação**, bem como que para cada direito previsto no ordenamento jurídico existe uma ação que o garanta, para que os direitos constitucionais e infraconstitucionais tenham aplicação garantida e eficácia no cotidiano da sociedade, necessário se faz traçar um elo entre cada direito da criança e do adolescente, o (s) seu (s) respectivo (s) responsável (eis) e as ações jurídicas que os garantam.

²²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Op.cit. p. 143.

²²² FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 111.

No campo doutrinário existe uma visão de que cabe ao Estado a manutenção de uma família estabilizada. Segundo Firmo²²³, a partir desta concepção, designou-se ao Estado o papel de reprimir situações, “tanto quanto possível” que provoquem “a degeneração da família”, e à lei de instituir os parâmetros necessários para que o Estado possa legitimar suas ações dentro da seara privada com o intuito de proteger a figura dos componentes bem como a da própria família.

Sendo assim, na afirmativa da autora em comento, a interferência do Estado se baseia na idéia de que “a tutela se exerce em relação à preservação da família”. E seus componentes devem amparar uns aos outros. Os ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente, devem materialmente se assistir. Tal entendimento decorre do *princípio de solidariedade* presente na Carta da República como fundamento do Estado Democrático brasileiro que irradiou inclusive para a entidade da família e assim, como forma de proteger seus integrantes contemplou no Código Penal brasileiro como crimes, situações que, se não cumpridas, geram danos à entidade da família. O legislador estabeleceu em lei as responsabilidades parentais.

O Código Penal brasileiro disciplinou como crime três modalidades de abandono, ou seja, o mau desempenho das funções parentais incorre como crimes contra a assistência familiar. Sendo assim, referendou o abandono em três aspectos: o *material*, *intelectual*, e *moral*, ficando de fora, talvez pelo momento histórico em que o Código foi concebido – ano de 1943 – o aspecto *afetivo*²²⁴. Dito de outra forma, o Código Penal não disciplinou a modalidade de abandono afetivo, objeto de estudo deste trabalho.

Conforme dito, existem, disciplinados pelo Código Penal, três modalidades de abandono. Cada um deles refere-se aos deveres parentais estabelecidos pela Carta de Outubro, ou seja, decorrem do não desempenho dos deveres de assistir, criar e educar os filhos enquanto menores. Sendo assim, conforme exposto discorrer-se-á sobre cada uma das formas previstas na legislação em comento.

3.3.1 As modalidades de abandono e suas causas

²²³ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 189-190.

²²⁴ O Código Penal Brasileiro só tratou das três modalidades acima comentadas de abandono. O *abandono afetivo*, segundo nosso entendimento, encontra suas sanções no (ECA) e no (CC).

A Constituição da República do Brasil estabeleceu alguns deveres aos pais enquanto os filhos menores de idade. O Código Penal brasileiro dispõe em capítulo específico a defesa da entidade familiar e disciplinou sobre algumas modalidades de abandono, a saber: abandono material, intelectual e moral. Declarando que o mau desempenho das funções parentais configura-se como crimes contra a assistência familiar. Sendo assim, encontra-se disciplinado no art. 244²²⁵ do Código Penal a primeira modalidade de abandono. Dispõem que cabe aos pais: o dever de providenciar meios que visem o sustento tanto para o cônjuge quanto para os filhos menores de dezoito anos ou em caso de maior idade os inaptos para o trabalho; bem como estabeleceu que aos filhos, quando o ascendente estiver inválido ou com idade acima de 60 anos e não tiver meios de subsistir, o dever de ampará-lo.

Extraí-se da leitura do artigo acima três situações que, se não forem observadas, configuram crime contra a assistência familiar, são elas: (i) primeiro, deixar sem justa causa²²⁶ de prover a subsistência do cônjuge ou dos filhos menores de 18 anos, ii) segundo, falta do pagamento de pensão alimentícia²²⁷, e iii) terceiro deixar, sem justa causa, de socorrer ascendente ou descendente, gravemente enfermo. De acordo com a legislação penal e a doutrina o descumprimento do *dever de assistência*, em tese, configura-se crime de *abandono material*.²²⁸

A segunda modalidade de abandono, que tem também a figura dos pais como sujeitos ativos do crime, decorre do *dever de educar*, neste caso refere-se à educação primária. O sujeito passivo é somente o filho. Para Firmo²²⁹, o objeto jurídico é o interesse que o Estado possui de proporcionar educação primária às crianças e adolescentes, “uma vez que o desenvolvimento intelectual reflete na cultura do povo”.

²²⁵ Art. 244 Deixar de, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filhos menores 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 de alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer ascendente ou descendente, gravemente enfermo. In GRECCO, Rogério. **Código Penal Comentado**. – 2. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 608.

²²⁶ No caso de haver justa causa não se configurará esta espécie de crime. In GRECCO, Rogério. Op.cit. p. 608-609.

²²⁷ No caso da falta de pagamento da pensão alimentícia, também chamada de *abandono pecuniário*, necessário se faz a sentença do juiz civil impondo ao agente a obrigação pelo pagamento e o descumprimento desta por três meses consecutivos é passível de prisão. O Código de Processo Civil prevê, à pessoa obrigada judicialmente ao pagamento de alimentos, em caso de inadimplemento, a prisão administrativa. E por fim, deixar de socorrer (seja no oferecimento de medicamentos ou de qualquer outra forma de auxílio material), ascendente ou descendente com grave enfermidade também configura crime. In FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 192-193.

²²⁸ GRECCO, Rogério. op.cit. p.608.

²²⁹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 194-196.

No terceiro e último caso de abandono tipificado pelo ordenamento penalista encontra-se na redação do art. 247²³⁰ CPB. A descrição do crime reporta-se a condutas que poderão comprometer a formação moral e a não observância ou o consentimento, por parte daqueles que possuem o poder parental ou os tenham sob sua confiança á guarda ou vigilância, cometerá o referido crime.²³¹ Embora não faça referência expressa ao termo *abandono moral*, é assim aceito por doutrinadores como Rogério Grecco e Celso Delmanto em suas obras.

Firmo²³² assevera que, qualquer um, que tiver uma criança ou adolescente “sob seu poder, guarda ou vigilância”, poderá ser o sujeito ativo do crime. Cabendo, neste caso, as figuras dos tutores, preceptores, parentes ou estranhos, a quem a criança ou adolescente tenha sido confiada.

Conforme dito, além dos crimes acima comentados, existem outras formas de sancionar os pais pelo mau desempenho das funções parentais.²³³ Nesta esteira, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, preocupados em assegurar a tutela prioritária estabelecida na Carta de Outubro de proteção à criança, estabeleceram medidas contra as arbitrariedades ou o mau desempenho das funções parentais. Dito isso, encontra-se no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente quais as medidas que a autoridade competente, o juiz, poderá aplicar aos pais ou responsáveis por crianças e adolescentes: (i) encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; (ii) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; (iii) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; (iv) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (v) obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar; (vi) obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; (vii) advertência; (viii) perda da guarda; (ix) destituição da tutela; (x) suspensão ou destituição do poder familiar.²³⁴

²³⁰ Art. 247 CPB – Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I – freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II – freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III – resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública. In GRECCO, Rogério. Op.cit. p. 615-616.

²³¹ MARTINS, Rosa. **Responsabilidades Parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais**. In PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.p.91.

²³² FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op.cit. p. 194-196.

²³³ BITTENCOURT. Sávio. Op.cit. p. 105.

²³⁴ Redação extraída do art. 129 (ECA).

As hipóteses de suspensão e destituição da tutela e do poder familiar, segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso de abandono afetivo, ou descumprimento das funções parentais, devem ser aplicadas, pois constituem falhas graves que afetam diretamente o bem estar da criança ou do adolescente.

3.4 a essência do cuidado no Direito

Segundo Leonardo Boff²³⁵,

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.

Para esse autor o cuidado é parte da essência humana, e, por isso é um fenômeno que possibilita a transformação dos indivíduos em seres verdadeiramente humanos. Um ser, qualquer que seja ele, sem o cuidado sucumbirá. Em razão desta compreensão estar-se-á observando em todas as áreas das atividades humanas uma preocupação crescente com o cuidado. Em todos os tipos de cuidado fica claro a presença da ética, a preocupação com os aspectos morais e com as mudanças gerais nos comportamentos sociais. Nada mais justo que a área que compreenda todos os aspectos do direito venham a se engajar no processo do cuidado. Então o *direito* não pode ficar alheio ao cuidado particularmente no que diz respeito ao bem estar, à segurança e ao melhor dos interesses que beneficiem os jovens.^{236 237}

²³⁵ BOFF, Leonardo. Saber cuidar: ética do humano. 16. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p. 33.

²³⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente:** Uma proposta interdisciplinar. Op.cit. p.50.

²³⁷ Segundo Pinto, a concepção unitária da ciência, a descoberta de leis ou regularidades numa região do mundo social pode ter repercussões, ressonâncias em outra região completamente diferente, de modo que seria de todo imprudente e ilógico postular uma delimitação última e inequívoca dos objetos de conhecimento: considerando que as regiões do mundo social não se distinguem em função de sua natureza intrínseca ou de sua definição oficial, que estão no nível das realidades pré-construídas do senso comum, construir o objeto, não é – se me permitem esse termo de arquitetura – trabalhar com cimento, e sim, visar uma forma de transparência que permita perceber homologias entre universos diferentes. In PINTO, Louis. **Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social.** Tradução Luiz Alberto Monjardim. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. p. 65-66.

Nascimento²³⁸ informa que, quando, dentro do direito, se faz necessário, para acolher os novos litígios, novas dificuldades e novos atores, considerar movimentos externos. Sendo assim a ele compete suscitar uma reformulação das categorias jurídicas, abrindo-se à possibilidade, inclusive de repensar a visão das próprias funções dos operadores do direito ao proferir suas decisões. Sabe-se que, o direito, não consegue sozinho, oferecer respostas aos problemas, cada vez mais complexos. Sendo assim, avalia-se à possibilidade de dialogar com outros campos sociais.

Levando-se em conta a discussão deste trabalho dizer respeito à reflexão do campo do direito como um campo intelectual, nos termos de Pierre Bourdieu²³⁹, é possível perceber que produções teóricas, filosóficas externas ao meio jurídico acabem migrando para este universo. É isso que se observa na temática do cuidado. Abordada por um campo filosófico, como vista acima, acaba sendo incorporada ao campo analisado e sendo transformada em algo a ser sistematizado como conhecimento, produzido, reproduzido através de consensos e dissensos. Por esse motivo, crê-se, o cuidado tem aparecido como objeto privilegiado.

Visto, portanto, que o cuidado vem sendo uma temática de destaque, o seu oposto também torna-se objeto de reflexão, ou seja, a temática do *abandono afetivo* ou da falta de cuidado torna-se temática analisada no cenário jurídico atual. O *abandono afetivo* decorre do descumprimento dos deveres atribuídos pelo Estado, aos pais, quanto os filhos menores de idade.

3.5 Abandono afetivo

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento de não procedência do pedido de indenização por *abandono afetivo*, porém continuam chegando às vias judiciais ações buscando meios de reparação dos atos do genitor que, de alguma forma, privou o infante de sua companhia. Demonstrando a necessidade de melhor compreensão sobre a temática.

Como intuito de abarcar o sentido da categoria abandono afetivo, nessa dissertação, pesquisou-se tanto jurisprudências quanto produção doutrinária. Deu-se

²³⁸ NASCIMENTO, Valério Teixeira do. **Sustentabilidade**: possibilidades de um dialogo entre o campo econômico e o campo jurídico. Dissertação de mestrado apresentado no curso de pós graduação da faculdade de direito na Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: UNESA, 2009, p. 73-74.

²³⁹ BOUDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal). 13 ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 163.

especial atenção aos profissionais que fazem parte de associações como APASE, PAI LEGAL, IBDFAM por entender-se que são entidades relevantes.²⁴⁰

Diante de tantas incongruências a respeito do assunto associações como a APASE²⁴¹, PAI LEGAL²⁴² e IBDFAM²⁴³ mobilizaram-se na tentativa de efetivar o *direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Suas atitudes versaram desde a informação e divulgação, através de palestras, artigos e debates, do que seria este direito bem como dialogando com a sociedade, no caso pais, que tenham conflitos em exercer o direito fundamental de conviver com sua prole. Doutrinadores como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Tânia da Silva Pereira e Ana Carolina Brochado participam destes movimentos.

As primeiras ações versando sobre o assunto surgiram na década de 2000 e o cenário se apresentava em virtude de um dos genitores, após a dissolução da relação conjugal, violarem o direito fundamental de convivência familiar e comunitária²⁴⁴. No início, conforme já dito, os doutrinadores intitularam o fenômeno como *abandono moral*²⁴⁵. Mas logo perceberam que esta categoria já havia sido disciplinada no artigo 247 do Código Penal Brasileiro.²⁴⁶ Cabe lembrar que o pedido versava sobre a possibilidade de se indenizar o filho pela falta de convivência familiar com o pai.²⁴⁷

A decisão do STJ, quando rechaçou a possibilidade de indenização pelo *abandono afetivo*, limitou-se a interpretação dos dispositivos legais vigentes à época da decisão. Aplicou a lei dentro dos limites estabelecidos pelo legislador no que tange ao

²⁴⁰ Estas associações tem por finalidade proteger à família contra arbitrariedades em geral. Divulgam através de sites na rede de computadores informações relevantes para os indivíduos que compõem as famílias, bem como promovem debates, encontros, palestras, congresso entre outros mecanismos de informação e atualização.

²⁴¹ APASE – associação de pais e mães separados. Disponível em: <http://www.apase.org.br/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

²⁴² PAILEGAL. Disponível em: <http://www.pailegal.net/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

²⁴³ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Disponível em: 22 de janeiro de 2011.

²⁴⁴ (...) as hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável costumam se mostrar um campo fértil para a possível ocorrência de *abandono afetivo* por parte do genitor não guardião.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. Cit. p. 137-138.

²⁴⁵ A lembrança se faz em virtude de que algumas das doutrinas usadas fazerem referencia a esta categoria como abandono moral.

²⁴⁶ Como visto, o CPB disciplinou, no capítulo referente ao *descumprimento dos deveres parentais*, as diversas formas de abandono aceitos no ordenamento pátrio, entre eles está o moral. In GRECO, Rogério. op.cit. p. 616.

²⁴⁷ Não será objeto de este trabalho debater se caberia ou não o pedido indenizatório. Lembrando que sobre este tema vários autores, como Rodrigo da Cunha Pereira, Tânia da Silva Pereira, Maria Berenice Dias, Giselda Hironaka entre outros defendem o pleito.

descumprimento dos deveres parentais.²⁴⁸ Desta decisão é possível apreender que o *abandono afetivo*, na visão dos operadores do direito, decorre da falta de *afeto* e não do *descumprimento do dever de convivência*.

A categoria *abandono afetivo*, segundo a visão doutrinária, é uma forma de negligência, uma não atenção no bom desempenho das funções parentais. É um mau procedimento advindo dos deveres atribuídos aos pais em *educar (informalmente)* seus filhos. Fere os direitos fundamentais mínimos exigidos na Carta Magna. Esta modalidade, embora não disciplinada legalmente por esta nomenclatura, é tida como uma forma de negligência e tem sanções previstas tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme já dito, constituem-se desde a suspensão quanto à destituição do poder familiar. É considerada como sendo um abuso do desempenho das *funções parentais*, passível de *responsabilidade civil*.

Hironaka²⁴⁹ informa que “as hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável costumam se mostrar um campo fértil para a possível ocorrência de *abandono afetivo* por parte do genitor não guardião.” Este pode ocorrer inclusive quando os pais encontram-se na constância da relação conjugal. Entretanto quando há dissolução da união é mais comum que se manifeste.

O tema do *abandono afetivo* aparece, nesse cenário, também atrelado à idéia de que possa ser produto de uma *alienação parental*.²⁵⁰ Nesse entendimento alerta Hironaka²⁵¹, acredita-se que possa ocorrer como resultado da atuação do genitor-guardião que, pode, por vezes, afastar o genitor-não guardião do convívio com os filhos. Nesta ótica, o genitor-guardião pode estar criando obstáculos ao exercício do direito de visitas e programando seus filhos para rejeitarem o outro genitor e seus parentes.

Frente a esta aproximação dos termos deve ser dedicado um item à apresentação do termo *alienação parental*.

²⁴⁸ Curiosamente o tema do abandono afetivo apesar de não ter guarida judicial, tem sido destaque, na esfera do legislativo. Há, atualmente, uma profusão de leis que buscam dar conta do assunto, dentre elas destacam-se: Lei da guarda compartilhada, adoção e alienação parental. O objeto de proteção destas leis é o *direito à convivência familiar e comunitária*.

²⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. Cit. p 137-138.

²⁵⁰ TRINDADE, Jorge. **Síndrome de Alienação parental**. In DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver: de acordo com a lei 12.318/2010**. op.cit. p. 22.

²⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. Cit. p. 138.

3.6 Alienação parental (AP)

Antes de comentar sobre a *alienação parental* necessário se faz a distinção entre *Síndrome da Alienação parental* (SAP) e *Alienação parental* (AP). A utilização dos termos causa, tanto na doutrina quanto no Judiciário, justificável confusão.

O psiquiatra americano Richard Gardner foi quem primeiro mencionou o termo *síndrome de alienação parental* para definir como uma *programação* pela qual a criança é condicionada por um dos genitores, consciente ou inconsciente, para rejeitar ou odiar o outro genitor sem justificativas ou explicações. Identificou como sendo uma perturbação que ocorre, geralmente, após a separação ou o divórcio.²⁵² O objetivo do genitor alienante é o de afastar a criança ou adolescente do convívio do outro e assim acabar por prejudicar que esta desenvolva, em relação o outro, sentimentos afetivos.²⁵³

A expressão *síndrome*, utilizada por Gardner²⁵⁴, não é vista pela comunidade psicanalítica como um termo adequado para nomear o evento, pois para estes significa distúrbio. Enquanto que, para a comunidade médica, significa um conjunto de sintomas que ocorrem juntos e que caracterizam como sendo uma doença específica. É sobre esse argumento, ocorrerem juntos que o autor procurou se basear para nomear o evento de *Síndrome de Alienação parental*. O ato de programar (*‘lavagem cerebral’*) a criança pelo genitor para menosprezar o outro e a contribuição, produzida e oferecida, pela própria criança, em reforço ao ato do genitor alienador que o referido psiquiatra verificou, por ocorrerem juntos, um conjunto de sintomas que assegurariam a qualificação de síndrome. Reconhece que os sintomas são desconectados entre si, um do alienante e o outro do próprio alienado, porém se justifica o agrupamento por sua causa comum. O autor afirma que:

A Síndrome da *Alienação parental* (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é

²⁵² DIAS, Maria Berenice Dias. *Alienação parental: um crime sem punição*. In DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. De acordo com a lei 12.318/2010. op.cit. p. 16.

²⁵³ JARDIM-ROCHA, Mônica. *Síndrome de Alienação parental: A mais grave forma de abuso emocional*. In PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica**: a criança em foco. – Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.39.

²⁵⁴ GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de *Alienação parental* (SAP)? Tradução para o português por Rita Rafaelli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de *Alienação parental* para a hostilidade da criança não é aplicável.

O autor acima identificou e caracterizou os sintomas que aparecem quando uma criança está sofrendo de (SAP) e classificou-os em estágios: de leve, moderados e severos. Segundo este, a criança apresentará: uma campanha difamatória contra o genitor alienado²⁵⁵; uma racionalização fraca, absurda ou frívola para justificar a depreciação; falta de ambivalência; apoio automático ao genitor alienador a respeito do conflito parental; ausência de culpa sobre a atitude contra o genitor alienado; apresenta encenações ‘*encomendadas*’ e a propagação dessa animosidade a amigos e/ou família do genitor alienado.

Jardim-Rocha²⁵⁶ assegura que para a doutrina não é um problema novo, mas é uma crueldade discreta encoberta pelo *sentimento de amor e dos cuidados parentais*. É uma forma de abuso – abuso emocional – que conduz ao enfraquecimento da ligação entre uma criança e um ente amoroso.

Versiani e Abreu²⁵⁷ disseram que o objetivo é proporcionar um afastamento entre o genitor não guardião e a criança. Imbuídos, qualquer parente, de um sentimento de vingança ou egoístico com o fim de impedir que os laços afetivos e a convivência entre o genitor visitante e seus demais parentes venham a acontecer.

O termo aceito, tanto pela doutrina quanto pelos tribunais foi *alienação*. O legislador pátrio, no advento da lei 12.318/2010, também se valeu dessa escolha para definir como uma interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente por aqueles que têm a criança ou o adolescente sobre sua autoridade, guarda ou vigilância e que em virtude disso, utilizam de sua confiança para que estes venham a

²⁵⁵ A doutrina elegeu o termo “alienado” para designar tanto o genitor quanto o filho que foram vítimas desta prática.

²⁵⁶ JARDIM-ROCHA, Mônica. Síndrome de *Alienação parental*: A mais grave forma de abuso emocional. In PAULO, Beatrice Marinho. (coord.). **Psicologia na prática jurídica**: a criança em foco. op.cit. p.39.

²⁵⁷ VERSIANI, Tatilla Gomes. ABREU, Maryane. A Síndrome da *Alienação parental* e a reforma do Judiciário. Acessível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27234>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

repudiar o outro genitor causando assim prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com o outro.²⁵⁸

Em seu corpo normativo, a Lei, além de definir o que é *alienação parental* (AP) e os possíveis alienadores, exemplificou quais as formas de sua ocorrência (rol meramente exemplificativo, ou seja, podendo existir situações que não foram estabelecidas, mas que merece cuidado e atenção por parte do Judiciário propiciando-lhes a tutela efetiva), quais os direitos que estão sendo violados por esta ação, as formas de serem declaradas a (AP) e como transcorrerão os procedimentos. Porém não estabeleceu critérios para a aplicação dessas concepções teóricas e em qual juízo se processará a ação.

Do ponto de vista doutrinário jurídico a *alienação parental* decorre de uma ação positiva com a intenção de afastar o progenitor visitante da vida do infante configurando-se como um abuso de poder. Cabe destacar que neste caso não é somente os pais que podem cometê-lo e sim qualquer pessoa que desfrute da companhia e confiança da criança: avós, tios, professores e etc.

Enquanto a *alienação parental* é uma ação que visa romper os laços convencionais entre o filho e o seu genitor biológico não convivente. É a promoção de uma *morte simbólica* desse genitor e de seus parentes próximos. É uma forma de extirpar o estreitamento de laços afetivos. Fere o direito fundamental à *convivência familiar comunitária*. Consiste no ato de programar uma criança contra seu genitor. Geralmente é aquele que tem o infante em sua companhia, aproveitando-se de sua condição de confiança, quem estabelece uma série de informações falsas criando um bloqueio psicológico com a finalidade de rejeitar o outro. Deriva de sentimentos de raiva, mágoa, bem como das dificuldades de superar o relacionamento partido.

A *alienação parental* gera efeitos tanto para os filhos quanto para o genitor alienado e são referidas como uma espécie de dano ou de abuso psicológico e emocional. A parte mais indefesa dessa relação são as crianças, que ao contrário do genitor afastado não são escutadas ou respeitadas em suas vontades cabendo a estas esperarem que os adultos resolvam seus problemas para libertá-las do pesadelo da separação.²⁵⁹

²⁵⁸ BRASIL, Lei n. 12.318/2010. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/lei-sap>. Acessado em: 27 de fevereiro de 2011.

²⁵⁹ DARNALL, Douglas. Consequências da Síndrome de *Alienação parental* sobre as crianças e sobre o genitor alienado. Disponível em: www.apase.com.br. Acessível em: 10 de novembro de 2010.

O fenômeno é observado pós rompimento conjugal. Poderá se manifestar nos mais variados modelos de família existente na sociedade, desde a monoparental, a plural quanto à reconstituída.

Pressupõem-se que, embora o fenômeno exista há algum tempo, só começou a despertar interesse, tanto dos pensadores do direito quanto do legislativo, do ano de 2006 pra cá, ou seja, após a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo em comento, após a declaração de que “não se pode condenar um pai por falta de amor”.²⁶⁰

Devido à novidade, doutrinariamente falando, surgiu a necessidade de traçar os contornos distintivos do que seja *alienação parental* e *abandono afetivo*.

3.6.1 Decisões judiciais anteriores a Lei da Alienação Parental.

Antes da incidência da Lei da *alienação parental*, julgadores da seara de família, valendo-se de um *juízo de fato*²⁶¹, ou seja, diante do caso em concreto, identificaram situações como sendo de *alienação parental* e aplicavam sentenças que tinham o intuito de promover a *convivência familiar e comunitária*.

Para pautar o entendimento escolheram-se quatro decisões cíveis (sendo três do ano de 2006 e um do ano de 2008), todos da sétima câmara civil do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Dois deles tiveram como relatora, neste pleito, a desembargadora Maria Berenice Dias.²⁶²

O primeiro²⁶³ relato refere-se à irresignação dos avós que tiveram o pedido de guarda da neta rejeitados pelo juiz *a quo*. Extraí-se do acórdão que os avós de xx, logo após o falecimento da mãe da menina – sua filha – interpuseram um pedido para regulamentar a guarda da criança em questão. O pai da menina manifestou-se contra o pleito requerendo o direito de ter a filha consigo.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Resp.** 757.411. Recorrente V. de PF de OF. Recorrido: ABF. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de maio de 2010.

²⁶¹ Juízos de fato são aqueles que dizem respeito ao que as coisas são, como são e porque são. Os juízos de fato estão presentes não somente na vida cotidiana, mas também na metafísica e na ciência. In CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12 ed. 4ª imp. São Paulo: Editora ática, 2001. p.335.

²⁶² O nome dos envolvidos serão suprimidos para resguardar o *princípio do segredo de justiça*. Entendendo-se XY como o genitor biológico, XX como a genitora biológica e a criança envolvida como se menina xx e se menino xy. Enquanto que o socioafetivo será representado pelas letras Xx se do sexo feminino e Xy se do sexo masculino.

²⁶³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70017390972.2006/CIVEL.

O juiz monocrático decidiu, apoiando-se nos laudos psicológicos e no depoimento do conselheiro tutelar, pelo indeferimento do pedido em face do pai biológico da infante.²⁶⁴

Durante o voto, o relator, ressalta o papel danoso que os apelantes estão desempenhando. Lembrando que xx é “apenas uma criança, que não pode carregar a responsabilidade de ser, para os avós, a única lembrança da mãe, e com isso, ser levada a rejeitar o pai.” Convoca estes para:

ao invés de se mobilizarem em desfazer a figura do pai – ensejando a síndrome da *alienação parental* noticiada na petição e laudo de fls. 438/443, o que de melhor a família materna pode fazer por esta menina é um esforço para superar as diferenças e se empenhar para que ela se sinta amada e afetivamente amparada por todos aqueles a quem ama inclusive o pai.²⁶⁵

Também versando sobre pedido de guarda²⁶⁶, desta vez é o caso de uma mãe que teve a guarda revertida em favor do pai. A história apreendida do processo versa sobre as alegações de que a menina estava sendo abusada sexualmente por seu pai desde os 2 (dois) anos de idade, motivo pelo qual sustentava a necessidade de suspensão do direito do pai de visitar a filha. O (MP), em virtude da denúncia, ajuizou ação de destituição do poder familiar e de processo crime contra o genitor paterno. Na época da decisão em comento as ações propostas pelo Ministério Público ainda estavam em andamento.

Na sentença que decidiu o caso, observa-se a transcrição, muito rica dos relatos dos laudos produzidos pela assistente social, pessoa designada para acompanhar a criança nos momentos de visitação à família paterna. As primeiras visitas foram monitoradas a pedido do (MP). Em um dos momentos a assistente revela preocupação com as “condições psicológicas” da infante. Bem como relata uma conversa entre ela, a assistente e a criança:

A pedido de xx brincamos de “mãe e filha”; onde ela era “minha mãe” e eu a “filha dela”, durante a brincadeira ela me dizia que eu (a

²⁶⁴ O relator do processo, o Des. Luiz Felipe Brasil Santos elogiou a medida tomada pela juíza da ação. Aliás, pela condução irrepreensível do processo e pelo brilhantismo da sentença prolatada nestes autos, proponho seja encaminhado ao conselho da magistratura voto de Louvor à magistrada RAQUEL M. C. A. SCHUCH. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70017390972.2006/CIVEL. op.cit. p. 7.

²⁶⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70017390972.2006/CIVEL.p. 5-6.

²⁶⁶ BRASIL, TJRS, AI nº70014814479/2006/CIVEL. op.cit. p.2.

filha) **teria que ser uma menina boazinha**. Se não ela (a mãe) iria morrer e “eu iria morar com uma família muito ruim, **seria a família do meu pai e que meu pai ia colocar o dedinho na minha bundinha e no meu xixi**”. Após falar isto, ela me beijou e disse: “Não é verdade! É a minha mãe XX que me diz isto quando eu não obedeço”. E mudamos a brincadeira.²⁶⁷

Vários trechos durante a leitura do acórdão remetem-se a possibilidade desta mãe estar se utilizando de uma programação com a filha com o intuito de banir a presença paterna da vida dela, a mãe, e da criança.

Infelizmente, existem casos diferentes do acima comentado, onde a falta de contornos definidos do que seja *alienação parental* e *abandono afetivo* leva muitas vezes a interpretações danosas para crianças e adolescentes. Como foi o caso da criança Joanna Marcenal,²⁶⁸ amplamente noticiado pelos meios televisivos.

O caso refere a uma menina de 5 anos que fora diagnosticada como sendo vítima de *alienação parental* feita por sua mãe contra o pai biológico. A mãe, procurando defender a filha de um pai agressivo interpôs pedido de afastamento da figura paterna do convívio familiar. Na sentença, a juíza Cláudia nascimento Vieira, baseada nos laudos psicológicos e social, reverteu à guarda da criança em favor do pai. Durante a estada de Joana sob os *cuidados* do pai esta fora supostamente vítima de maus tratos e em virtude deles veio a óbito colocando a *lei da alienação parental* em *cheque* quanto aos contornos de sua aplicação e incidência.

Observa-se que toda uma gama de circunstâncias envolve a questão do abandono afetivo e da alienação parental. Para que crianças e adolescentes tenham assegurados as condições adequadas, mesmo que não ideais, de sustentação, de um relativo bem estar e segurança, é necessárias que as questões do cuidado sejam cada vez mais observadas, cumpridas e aprimoradas. Não é mais admissível a ausência de cuidado nas questões judiciais que envolvem crianças e adolescentes resultantes de famílias desfeitas ou reconstituídas.

²⁶⁷ Trecho extraído do Acórdão. BRASIL, TJRGs, AI nº70014814479/2006/CIVEL, p. 5.

²⁶⁸ Disponível em: <http://casojoannamarcenal.blogspot.com/search/label/Introdu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

CAPÍTULO 4 ADOÇÃO UNILATERAL: UMA RESPOSTA JURÍDICA À PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL?

Abordar-se-á, para melhor compreensão do instituto em análise, *adoção unilateral*, uma breve exposição sobre as legislações que regem o tema no Brasil. Além disso, do ponto de vista da análise documental, centrar-se-á nos modelos de família que aparecem e nos motivos construídos legalmente para ensejar o deferimento ou indeferimento da ação. Buscar-se-á demonstrar que dentre os processos analisados o Poder Judiciário, por meio de sua equipe técnica, pode estar produzindo uma espécie de *morte simbólica* do genitor a que se deseja expurgar da certidão de nascimento de um filho, em razão de algo que diz respeito às querelas conjugais.

Levantar-se-á a hipótese de que em alguns casos de suposto *abandono afetivo* possa ser uma resposta às dificuldades de efetivação ao *direito à convivência familiar e comunitária*. Sendo assim, a prática da *alienação parental* pode estar ocasionando o afastamento do genitor não guardião e, posteriormente, pode oportunizar a ocorrência de uma ação de adoção unilateral cujo intuito seja afastar de fato um dos genitores da vida do filho.

4.1 Adoção no cenário jurídico brasileiro: um breve histórico

Segundo Monteiro²⁶⁹, o primeiro relato positivo acerca do instituto em comento, adoção, encontra-se na Lei n. 3.071 mais conhecido como Código Civil de 1916 no capítulo destinado a disciplinar as relações de parentesco. Para Paiva²⁷⁰, esta legislação tinha por perspectiva gerar uma solução para as famílias sem filhos.

Segundo Dias²⁷¹, a adoção concebida pelo Código de 1916 era chamada de Simples. Monteiro e Paiva²⁷² informam dados relevantes para o pedido de adoção à época ser pleiteada, tais como: (i) somente os maiores de 50 anos podiam adotar; (ii) a diferença de idade entre o adotante e o adotado deveria ser de 18 anos; (iii) duas pessoas só poderiam adotar se casadas e sem filhos; (iv) exigência do consentimento de quem

²⁶⁹ MONTEIRO, Sonia Maria. Aspectos novos da adoção: adoção internacional e adoção do nascituro. – Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35-38.

²⁷⁰ PAIVA, Leila Dutra de. Adoção: significados e possibilidades. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p.44-47.

²⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op.cit. p. 425.

²⁷² Tanto Monteiro quanto Paiva retratam, na mesma ordem, as informações aqui usadas. Motivo que, ao serem comentadas, utilizarei a expressão: autoras em comento ou na visão das autoras.

tivesse o adotado sob sua guarda; (v) a adoção era revogável por convenção entre as partes e por ingratidão do adotado para com o adotante; (vi) o parentesco existia somente entre adotando e adotado, salvo os impedimentos; (vii) a superveniência de prole natural teria o condão de, se durante o pedido de adoção impediam os efeitos do ato e se após reduzir o quinhão do adotado a quase metade do cabível a cada filho natural; e (viii) os direitos e deveres do parentesco natural permaneciam, ou seja, não rompia os vínculos entre o adotado e a família biológica, salvo o pátrio poder que era transferido ao adotante. Monteiro alerta que, estes dados criavam dificuldades e não atendiam à realidade brasileira dos infantes necessitados de adoção. As autoras em comento informam que as exigências acima foram modificadas pela Lei n. 3.133 no ano de 1957.

Na visão das autoras, as principais mudanças trazidas pelo advento da lei foram: (i) idade mínima para adotar caiu de 50 para 30 anos de idade; (ii) a diferença de idade entre o adotante e o adotado agora passou de 18 para 16 anos; (iii) incluiu no rol de aptos a adotar as pessoas que possuíam filhos anteriores ao pedido com a ressalva de que, o adotado, não faria jus sobre os bens patrimoniais da família e não herdaria nada, com exceção se, após a adoção, adviessem filhos naturais, neste caso, o adotado teria direito à metade do patrimônio dos filhos legítimos. As medidas em comento proporcionaram que um número maior de pessoas pudessem adotar, mas a lei visava à preservação do patrimônio dos filhos preexistentes, excluindo assim, o adotado da ordem hereditária.

As autoras relatam que, a exclusão do filho adotivo da ordem sucessória permaneceu estável por quase uma década. Somente em 1965 com a Lei no. 4.655 que ocorre a “legitimação adotiva”, ou seja, reconheceu-se que os filhos naturais e os adotivos possuíam os mesmos direitos, ressalvados os direitos dos nascidos antes da legitimação, e ao mesmo tempo rompia-se entre o adotado e a família biológica todos os vínculos, bem como a presunção de irrevogabilidade do ato de adotar. Estas medidas eram dirigidas para crianças abandonadas e com até 7 (sete) anos de idade, ou a órfãos de pais desconhecidos. Dias²⁷³ ressalta que, o reconhecimento da legitimação adotiva, estabeleceu uma nova modalidade de adoção.

O Código de Menores de 1979 extinguiu o instituto da legitimação adotiva, aceitando duas modalidades de adoção: (i) a plena, que rompia os laços entre o adotado

²⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 425.

e sua família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais, com caráter irrevogável, e (ii) manteve a adoção simples, prevista nos casos de menor em situação irregular, e regulamentada pelo Código Civil de 1916. Segundo as autoras, não era possível a adoção plena por estrangeiro não domiciliado no país, só a simples. É a primeira legislação a fazer referência à adoção internacional.²⁷⁴

Conforme dito, a Constituição brasileira de 1988 modificou os ordenamentos internos do país e ofertou uma constitucionalização do direito interno, ou seja, as leis internas infraconstitucionais devem seguir uma uniformidade de entendimento segundo o estabelecido na Carta Magna. Sendo assim, a Constituição da República Federativa do Brasil transformou profundamente o instituto da adoção. Eliminou, segundo Dias²⁷⁵, a distinção entre adoção e filiação. Promovendo a igualdade dos filhos, adotivos ou naturais, sem exceções de direitos, bem como proibiu qualquer tipo de discriminação em razão da filiação, extirpando assim com as diferenças ofertadas pelas legislações anteriores.

Baseado no ordenamento em comento, a Constituição Federal, o legislador nacional edita uma lei voltada aos direitos da infância que fora consagrado como Estatuto da Criança e do adolescente. A adoção, no Brasil, é regulamentada, além do Código Civil, por este ordenamento.

Segundo Gueiros²⁷⁶, entre o Estatuto e o Código de Menores apresenta-se uma diferença fundamental que acaba por extirpar do ordenamento pátrio a permanência da Lei 6.697/79, neste, a proteção estava voltada para crianças e adolescentes em situação irregular enquanto que, no Estatuto, a concepção encontra seu alicerce na teoria da proteção integral da criança e do adolescente, bem como centra-se nos interesses do adotado e não do adotante, como era previsto nas legislações anteriores.

Com base nestas informações, segundo as autoras em comento, o Estatuto modificou os requisitos para a adoção, que são: (i) redução da idade mínima do adotante para 21 anos e que exista, entre o adotando e o adotante, diferença de 16 anos; (ii) desvinculação do estado civil do adotante; (iii) impossibilidade dos ascendentes ou do irmão do adotando de adotarem; (iv) programou a possibilidade, nos casos de segunda união, o cônjuge ou companheiro, adotar os filhos do outro, ou seja, a *adoção unilateral*; (v) adoção póstuma; (vi) regulamentou as adoções internacionais; (vii)

²⁷⁴ PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção**: significado e possibilidades. Op.cit. 46.

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 425.

²⁷⁶ GUEIROS, Dalva Azevedo. *Adoção consentida: do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta*. – São Paulo: Cortez, 2007. p. 25-26.

manteve o entendimento das legislações anteriores de rompimento dos vínculos de parentesco entre o adotado e a família biológica; (viii) o cancelamento dos dados da família de origem, bem como a inscrição dos nomes dos novos componentes, avós maternos e paternos, no assento de nascimento; (ix) ausência de restrições e condições em relação aos direitos sucessórios, entre outros acréscimos e/ou modificações importantes; e (x) o deferimento da adoção vincula-se aos fins de ofertar reais vantagens para o adotando, ou seja, dentro do que preconiza a doutrina do melhor interesse da criança e adolescente.

Relembra Paiva²⁷⁷ que, as modificações ofertadas pós Constituição de 1988 e a implementação de legislação própria voltada para a proteção integral de crianças e adolescentes, o Estatuto, encontram suas raízes na Convenção Internacional dos Direitos da Criança que ao editar normas cuja finalidade foi limitar a gerência do Estado nas mais diversas situações que envolvesse os sujeitos em comento, crianças e adolescentes.

Na medida em que os interesses das crianças e dos adolescentes passaram a ser universalmente discutidos, valorizados e nomeados não demorou muito para que fossem regulamentados como direitos, cabendo agora aos países signatários o dever de dar proteção a esses direitos.

Segundo a autora acima, a enunciação de direitos fundamentais voltados para a infância e juventude, tanto no ECA quanto na Constituição Federal, expõe o *direito à convivência familiar e comunitária*, e assim, disciplina-se o entendimento da adoção. Alertando que, embora amplamente abordado o instituto, entre a realidade social e os preceitos da legislação, apresentam-se dificuldades práticas no que tange assegurar os direitos fundamentais. A autora reflete sobre a inexistência de cumprimento pleno do Estatuto e atribui tal premissa ou a falta de divulgação, ou a interpretações incorretas acerca de sua redação ou ainda a inexistência de sanções punitivas, quando houver o descumprimento de suas normas.

Importante salientar que, Segundo a autora, o estatuto é considerado um dos códigos jurídicos mais avançados da atualidade e apresentam valiosas modificações no campo de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes, em especial, no campo das adoções.

²⁷⁷ PAIVA, Leila Dutra de. Op.cit. p. 47-49.

Conforme dito, em agosto de 2009, o Estatuto, o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho, sofreram alterações quanto ao disciplinamento da adoção. A Lei no. 12.010/09²⁷⁸ nasceu com o condão de disciplinar o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

A lei em comento trouxe algumas inovações aos requisitos da seara de adoção, entre elas: (i) redução da idade para ser adotante, de 21 para 18 anos independente do estado civil; (ii) em caso de adoção conjunta, o casal, deve ser civilmente casado ou decorrente de união estável; (iii) inclusão da figura do ex companheiro como adotante, o estatuto fazia menção ao divorciado e ao separado judicialmente; (iv) atribuição da guarda compartilhada aos casos de adoção acima, ex conviventes; e (v) deferimento da adoção, com inequívoco consentimento, do adotante que venha a falecer antes da sentença.²⁷⁹

Conforme dito, a adoção confere ao adotado condição de filho para todos os efeitos bem como rompe com os vínculos biológicos, observados os impedimentos matrimoniais. É um ato jurídico que para ser eficaz prescinde da chancela judicial, criando entre o adotante e o adotado um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação. Constitui-se como um parentesco eletivo, decorrente do ato de vontade, baseada no amor, que acaba por gerar vínculos parentais por opção.²⁸⁰

4.1.1 Adoção unilateral e suas especificidades

Para Monteiro²⁸¹, é um ato jurídico que cria o parentesco civil, gera laços de paternidade e filiação, independente do fato natural da procriação. Estabelecendo, entre o adotante e o adotado, direitos e deveres recíprocos.

Conforme dito, o estado de filiação, cria entre os protagonistas desta história, fundada na vontade e estabelecida pelo amor, responsabilidades solidárias. Nascendo para os “novos pais” a função, no exercício do papel de pai/mãe, do dever de cuidar, assistir e educar de seu “novo filho.” Enquanto que, para o filho, nasce o dever de

²⁷⁸ Informação extraída da leitura do artigo 1º. Da lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. acesso em: 08 de fevereiro de 2011.

²⁷⁹ Informação extraída do quadro comparativo e a lei 12.010/09. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/quadro_comparativo_eca_x_nova_lei_da_adocao%5B1%5D.pdf. Acesso em: 08 de fevereiro de 2011.

²⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 427.

²⁸¹ MONTEIRO, Sônia Maria. Op.cit. p. 3.

obediência para com seu “novo pai”. Logo, conclui-se que, o *múnus* atribuído pelo Estado está intimamente ligado ao que se chama de *posse do estado de filho*.

No Brasil, atualmente, segundo Dias²⁸², existem duas modalidades de adoção. A primeira é conhecida como adoção plena, pois, conforme visto desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos e sua família extensa, lembrando apenas dos impedimentos matrimoniais. A segunda, objeto de estudo deste trabalho, é forma especial de adoção, com caráter híbrido, pois permite que se substitua somente um dos genitores e sua respectiva ascendência, conhecida como *adoção unilateral* ou semiplena.

A adoção pelo cônjuge é a expressão extrema desse modelo de substituição. Ao eliminar o nome do pai ou da mãe biológica, extirpam-se os avós, os irmãos e os primos. A nova entidade familiar que se constitui obedece à norma da exclusividade, fazendo coincidir a filiação legal com a realidade que constitui, a nosso ver, a relação entre pai e filho.²⁸³

Segundo Grisard Filho²⁸⁴, constitui-se como modalidade excepcional de adoção. Voltada para estruturas familiares constituídas de um dos genitores e sua prole, conhecida como família monoparental, decorrentes de separação, divórcio, viuvez e outros. Esta modalidade de família tende a se reconstruir, formal ou informalmente, assegura Dias.²⁸⁵ Estabelecendo, supostamente, uma biparentalidade entre o cônjuge ou companheiro, seja da mãe ou do pai, com a criança ou adolescente, para que este parentesco, definido como *parentesco por afinidade* possa vir a se transformar num *parentesco civil*.

Conforme dito, esta modalidade de adoção assente que seja substituído apenas um dos pares biológicos, ou seja, permite substituir a linha paterna ou materna, unilateralmente, rompendo, com relação ao substituído e sua família, qualquer vínculo. Segundo Grysard²⁸⁶,

²⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op.cit. p. 425-433.

²⁸³ Uziel, Anna Paula. Op.cit. p. 43.

²⁸⁴ Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf. acesso em: 20 de dezembro de 2010.

²⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. Op.cit. p. 431.

²⁸⁶ Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf. acesso em: 20 de dezembro de 2010.

Nesta hipótese especial de adoção, de filho do cônjuge ou concubino, ao tempo em que não são derogados os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus respectivos parentes, porque não desaparece o pátrio poder do pai ou da mãe consangüíneos, vincula, simultaneamente, o adotado ao pai ou mãe adotante e, também, a seus respectivos parentes.

Conforme dito, esta espécie de adoção é considerada especial porque não desfaz totalmente os vínculos de filiação, ou seja, só ocorre o rompimento com o genitor substituído ressalvado o vínculo referente ao matrimônio. Os vínculos com o genitor não substituído e seus parentes não são dissolvidos, contrariando a regra de total e absoluta ruptura preconizada no instituto da adoção.

Para que os vínculos de filiação entre o adotado e o genitor substituído sejam rescindidos precede de ação judicial. Para que o pedido de adoção seja concedido necessário se faz que o Ministério Público ou a parte interessada proponha uma ação de destituição de poder familiar (DPF). Feito o pedido e aceito pelo Poder Judiciário essa substituição tem caráter irrevogável.

Cabe lembrar que, os maiores de 12 anos, ou seja, adolescentes, devem manifestar sua vontade de ser ou não adotados pelo atual companheiro(a) de seu ente biológico. Importante lembrar que, se este não consentir o ato não se configura.

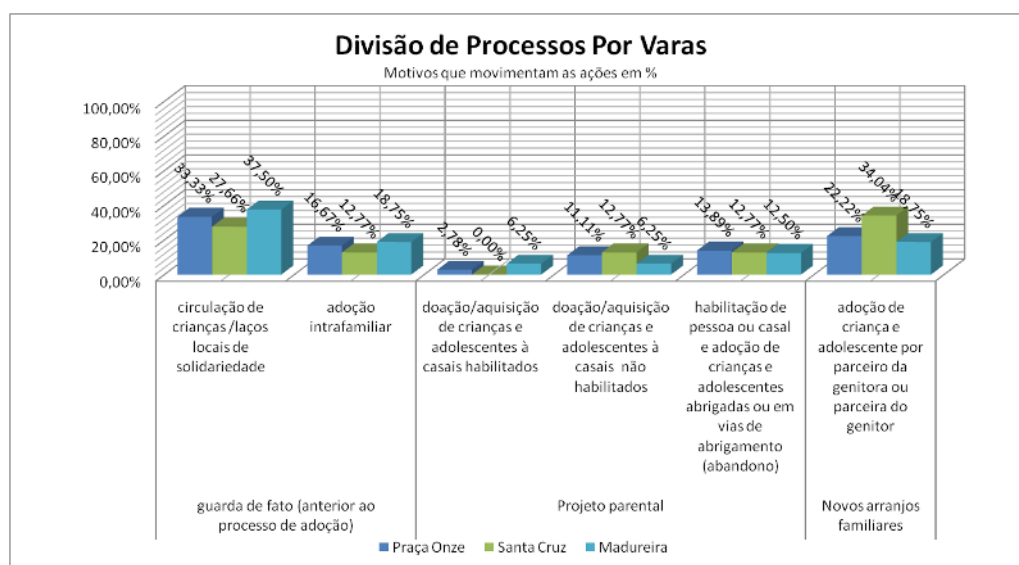
Existem três hipóteses para a ocorrência desta modalidade de adoção, a saber: (i) quando houver o reconhecimento do filho por apenas um dos genitores, bastando à autorização deste para que o (a) parceiro(a) possa vir a adotar; (ii) se a criança ou adolescente houver sido reconhecido por ambos os genitores, bastando à anuência de um deles para ocorrer à destituição do poder familiar do outro; e (iii), em caso de falecimento de um dos genitores, no caso daquele que tiver reconhecido o filho.

Esclarecidas as situações possíveis para que ocorra uma *adoção unilateral* discutir-se-á, através da análise dos dados coletados as hipóteses suscitadas no decorrer do trabalho. Será então que esta adoção é uma maneira de referendar a *morte simbólica* do (a) genitor (a) não guardião do convívio diário do infante ou adolescente, sob a chancela do judiciário?

4.2 Apresentação do Projeto de Pesquisa Genetização do parentesco

Conforme dito, participou-se, na qualidade de auxiliar de pesquisa, de um projeto²⁸⁷ que tinha por objetivo investigar quais os reflexos que a concepção *biologizante e genetizante* de parentesco toca nos operadores do Direito que militam na área da infância e juventude no município do Rio de Janeiro.²⁸⁸

A pesquisa analisou um universo de 99 processos, sendo que 16,33% da 1ª Vara da Infância, Juventude e do idoso (1ª VIJ), regional de Madureira; 47,34% da 2ª Vara da Infância da Juventude e do Idoso (2ª VIJ) regional de Santa Cruz e 36,33% da Vara da Infância Juventude e do Idoso da Comarca da Capital (VIJ). Conforme se extrai do gráfico abaixo apresentado.²⁸⁹



(Fonte: A genetização do parentesco)²⁹⁰

²⁸⁷Projeto de Pesquisa “genetização do parentesco e o impacto das técnicas reprodutivas no instituto da adoção no município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.genetizacaodoparentesco.web.br.com/login.php>. Coordenada pela Professora Alessandra Rinaldi e está em vias de finalização.

²⁸⁸ RINALDI, Alessandra de Andrade. **Solidariedade, localidade, filiação e a “nova cultura da adoção” no município do Rio de Janeiro.**

²⁸⁹ Projeto de Pesquisa “genetização do parentesco e o impacto das técnicas reprodutivas no instituto da adoção no município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.genetizacaodoparentesco.web.br.com/login.php>. Coordenada pela Professora Alessandra Rinaldi e está em vias de finalização.

²⁹⁰ Os gráficos utilizados são produto do Projeto de Pesquisa “genetização do parentesco e o impacto das técnicas reprodutivas no instituto da adoção no município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.genetizacaodoparentesco.web.br.com/login.php>. Coordenada pela Professora Alessandra Rinaldi e está em vias de finalização.

A partir da amostra analisada, observou-se que num total de 99 documentos, 46,46% das ações movidas foram de pessoas que ao procurarem o Poder Judiciário já se encontravam com uma criança ou adolescente sob “guarda” (muitas vezes irregular). 26,6 % dos processos analisados fazem parte de um projeto parental, ou seja, os indivíduos são impulsionados a acionar o Poder Judiciário para realizarem o desejo de constituir uma família por meio de um filho. Por fim, 27,27 % dos processos analisados dizem respeito às ‘adoções unilaterais’, ou seja, iniciados por pessoas que desejaram adotar a prole dos atuais companheiros amorosos.

Diante do que foi levantado, do universo geral da pesquisa, optou-se por priorizar os casos de *adoção unilateral* por acreditar que em alguns destes casos estejam presentes hipóteses de manifestação de *alienação parental*. Parte-se da perspectiva, como já dito, de que o Judiciário estaria desta forma referendando tal prática.

Nos documentos em questão buscou-se analisar: (a) no discurso dos postulantes, a visão sobre abandono construída para referendar os motivos ensejadores do pedido; as razões que pontuam para que seja necessário designar um *novo pai* para o infante, promovendo o que nesta dissertação compreende-se como a *morte simbólica* do genitor/genitora, ou seja uma possível *alienação parental*, b) nos discursos da equipe técnica, o significado dos termos *abandono afetivo e de exercício das funções parentais*;

Em termos metodológicos, seguir-se-á segundo o entendimento de Vianna.²⁹¹ Entende-se olhar os processos como um conjunto de relatos convertidos em depoimentos escritos por um mecanismo de controle burocrático e de construção de afirmação de autoridade essenciais para a construção de uma decisão judicial. A tradução dos fatos, feitos por psicólogos e assistentes sociais, (equipe técnica do VIII) com a intenção de promover o convencimento de juízes sobre os fatos que tramitam nos depoimentos.

²⁹¹ VIANNA, Adriana de Resende Barreto. **Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento**. 350 f. (Tese de doutoramento). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social) Museu Nacional (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 2002.

4.3 Descrição e Análise dos Processos²⁹²

Na investigação levantou-se que dos 27 processos analisados 12 não constavam o nome do genitor no assento civil. Segundo os dados apenas 1 genitor não havia efetuado o registro da criança em virtude de ter falecido antes do nascimento. Os 14 demais, o nome do genitor encontrava-se presente no registro civil do adotando. Por este motivo houve a necessidade de proposição de ação de destituição do poder familiar (DPF).

Cumprе ressaltar que dos 27 casos analisados escolheu-se abordar quatro histórias, lembrando que os demais foram fundamentais para iluminar a questão central desta dissertação. Sendo dois com fortes indícios de *alienação parental* e dois com possibilidades de aplicação do instituto da *multiparentalidade*.

As narrativas abaixo dizem respeito à construção de motivos por parte dos requerentes para a procedência do pedido de adoção. A grande maioria decorre de informações de que o pai biológico abandonou seus filhos, destacando o desempenho do “companheiro da mãe” no exercício de “papel de pai”.

4.3.1 Razões para que uma *adoção unilateral* seja ou não deferida: o perito e seu poder

Os laudos produzidos durante os estudos sociais e psicológicos realizados com as famílias adotantes e com as próprias crianças adotadas são utilizados, como parâmetro, para o deferimento ou não das decisões judiciais. Apresentam-se como um verdadeiro “discurso de verdade”²⁹³ sobre os fatos, tendo o poder de convencimento do juiz.

Para analisar esse poder de vida e de morte dos discursos produzidos pela equipe técnica no âmbito do judiciário utiliza-se Michel Foucault²⁹⁴. Este entende que a

²⁹² Em virtude do princípio do segredo de justiça será suprimido os nomes dos personagens e utilizar-se-á a técnica de nomes fictícios para humanizar a história contada e aproxima - lá ao máximo dos relatos colhidos. Seguindo o mesmo princípio, serão omitidos os números dos processos que só constarão nas referências bibliográficas.

²⁹³ Sobre esta vontade de verdade que se revela através dos discursos dos técnicos alerta-se: “ a vontade de verdade que atravessa nossa cultura desde o século XVI é tal que ela deseja sempre a verdade, aquela de tipo universal, rica, prolifera, dificultando reconhecer ‘ que a verdade seja uma prodigiosa máquina destinada a excluir’. In ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: UFPR, 2000. p. 67.

²⁹⁴ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Org. e Trad. Roberto Machado. – Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

sociedade está cercada de relações de poder e que os discursos proferidos são uma expressão de poder. Embora, Foucault não tenha especificadamente oferecido significado ao termo poder utilizou-o em suas obras para tratar diversos temas. A idéia remete à interpretação de que este se encontra, ao mesmo tempo, nos mais variados *lôcus* principalmente em ambientes em que exista uma relação entre sujeitos desvinculado da figura do Estado. Acrescenta-se que o poder não é estático, ou seja, ele circula e sempre emana de baixo para cima. Ao circular, não fica parado e muito menos nas mãos de alguns, ele está num todo, inserido num conjunto social, onde o indivíduo que o integra também é capaz de reproduzi-lo.

O poder, para Foucault, que nasce na sociedade e não no Estado não nega a existência do Estado e nem do direito, apenas nega o domínio do poder por um único conjunto, o Estado. Porém, o mundo do direito tem força determinante no discurso de verdade.

No sistema Judiciário, para o autor, estes discursos de verdade são produzidos pelos técnicos, peritos, por pessoas qualificadas baseados em estatuto científicos, ou como discursos formulados, enfim, pessoas a quem o Poder Judiciário atribuiu “poderes de dizer a verdade”. Baseado nas idéias de Foucault procura-se, nesta dissertação, apreender os discursos produzidos dentro do sistema jurisdicional e sua real e efetiva configuração na produção de uma verdade sobre os fatos que dizem respeito às adoções unilaterais.

Esses “discursos/verdade” periciais, que segundo o autor “matam e que fazem ri”, estão presentes no próprio âmago da instituição judiciária. Sendo assim, estes discursos de verdade produzidos pelos técnicos, peritos da instituição judiciária (assistentes sociais e psicólogos das VIJ), merecem uma atenção especial pela força, pelo poder de dizer a verdade sobre a adoção, o afeto e o abandono afetivo. São discursos decisivos, pois têm o poder de mudar a vida das pessoas²⁹⁵, atuando através de técnicas de normalização por meio do encontro de saberes medicalizantes e jurídicos sobre a vida social.

²⁹⁵ Para o autor, no caso do direito penal esses “laudos técnicos” tem três propriedades, a saber: (i) diz respeito ao poder de determinar uma decisão de justiça, no caso apresentado, o poder de determinar a liberdade ou à detenção de um homem; (ii) que estes discursos acabam por limitar o direito de vida e de morte sobre um indivíduo; (iii) que os discursos produzem provas e acabam por se colocarem como testemunhas do que ocorreu. É uma espécie de desdobramento da cena e de dos fatores, internos e externos, dos fatos ocorridos, necessários para elucidar o caso.

Essas técnicas de normalização, e os poderes de normalização que são ligados a elas, não são apenas efeito do encontro, da composição, da conexão entre o saber médico e o Poder Judiciário, mas que na verdade, através de toda a sociedade moderna, certo tipo de poder – nem médico, nem Judiciário, mas outro – é que conseguiu colonizar e repelir tanto o saber médico como o Poder Judiciário; um tipo de poder que desemboca finalmente na cena teatral do fórum, apoiando-se, é claro, na instituição judiciária e na instituição médica, mas que em si mesmo tem sua autonomia e suas regras. Essa emergência do poder de normalização, a maneira como ele se formou, a maneira como ele se instalou, sem jamais se apoiar numa só instituição, mas pelo jogo que conseguiu estabelecer entre diferentes instituições, estendeu sua soberania em nossa sociedade.²⁹⁶

Sendo assim, os laudos técnicos são fundamentais para o deferimento ou não da *adoção unilateral*. É através dos laudos técnicos que tanto o juiz quanto o Ministério Público extraem seu juízo de convencimento acerca do pedido. É através dos laudos técnicos que o juiz formula o *juízo de valor* para oferecer respaldo as suas decisões.

Dentre os processos de adoção analisados, percebeu-se que a função dos técnicos foca-se em identificar os vínculos que se formam entre os adotados e os adotantes. São eles que estabelecem o primeiro contato com a história destas pessoas e as transformam em laudos que servem de base para o julgador.

Dentre os relatórios técnicos analisados apareceu de forma recorrente a afirmativa de que a criança e adolescente em questão estavam integrados à família e recebiam afeto. Avaliaram, entre os integrantes, se estavam cumprindo as funções parentais atribuídas pelo Estado. Conforme se extraí de parte do relatório:

Diante do exposto, percebe-se que os direitos e deveres do poder familiar estão sendo cuidadosamente observados pelos requerente e pela genitora, além do fato de que a criança manifesta o desejo de tal intento, sendo essencial para a formação de sua identidade social. Tais fatores são de fundamental importância para o desenvolvimento saudável da criança em tela.

Na reprodução do discurso acima, extraído do estudo social, em um processo de *adoção unilateral*, a equipe toca em dois pontos da temática: quem esta desempenhando, de forma satisfatória as *funções parentais* e se a medida atende ao

²⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. Op.cit. p. 56.

princípio do *melhor interesse da criança e do adolescente*. Por sua vez, o estudo psicológico demonstrou outros pontos importantes para reflexão acerca da temática, a saber:

A partir das entrevistas pudemos perceber que um **laço afetivo foi construído de fato, entre o requerente e a criança em foco**, sendo da vontade de ambos, em terem estes vínculos estabelecidos na forma da adoção. Durante a fala do Sr. Xy percebemos o carinho e o orgulho que ele tem por xy por este querer a adoção. Desta forma pensamos que a presente ação irá atender aos direitos da criança em foco.

Assim, destaca-se o reconhecimento de laços de afeto entre as partes envolvidas e da necessidade de reconhecimento legal desta relação. Sendo assim, percebe-se que a categoria afeto é fundamental para o desfecho processual.

Do universo de processos analisados, um deles, o pedido de adoção, não recebeu guarida do Judiciário, destacando a importância do papel dos laudos técnicos. Os motivos percebidos, pelos técnicos, para validarem ou não o pedido da adoção foram suficientes para que o juiz fosse convencido da improcedência do pedido.

Optou-se por começar apresentando as razões, formuladas pela equipe técnica, como motivos para não concordarem com o pedido de adoção. Conforme se depreende de parte do estudo social:

A motivação principal que fundamenta a presente ação esta centrada no acesso do adolescente a benefícios, visando sua proteção, configurando interesse pecuniário. Tal constatação permeia os discursos dos interessados evidenciando **que apesar do vínculo afetivo e afinidades sugeridos entre o requerente e o adolescente**, estes não correspondem nem são pertinentes à filiação pleiteada. Considerando que a **adoção é um instrumento sóciojurídico que legitima relações parentais de filiação**, avaliamos que a fundamentação sinalizada para **a efetivação desta ação não preconiza o melhor interesse do adolescente** não apresentando mudança significativa sob o aspecto socioafetivo, para o mesmo. Isto posto, somos de parecer DESFAVORAVEL ao deferimento do pedido. (grifo nosso)

O primeiro caso apresentado relata como razão para um parecer desfavorável por parte das equipes técnicas o interesse em oferecer ao adolescente em questão acesso a benefícios e que, os laços afetivos, possivelmente sugeridos entre os requerentes não corresponderem ao que o instituto preconiza. Assim sendo, não se justifica a exclusão

de um dos genitores e o exercício, total e pleno, por parte do requerente. Notando-se, claramente, que, a equipe que realiza o estudo social dos casos prende-se em observar durante as entrevistas se a relação entre o adotante e o adotado estabeleceu-se ou configuram-se as funções atinentes à paternagem/maternagem. Dito de outra forma, se as funções parentais, estabelecidas pelo Estado, estão sendo desempenhadas pelo requerente.

O caso acima apresenta dubiedade no desempenho das funções paternas, ou seja, tanto o genitor quanto o requerente desempenham as funções atribuídas à figura parental. O requerente, segundo as informações coletadas, presta ao adotando além do afeto, da ajuda em sua criação e educação, o apoio material. Enquanto o genitor, por encontrar-se desempregado, não consegue propiciar ao adolescente meios de garantir sua subsistência. Assim, o pedido para adotar o rapaz, não teria por finalidade expurgar da vida do infante à figura do genitor paterno, mas de ofertar-lhe melhores condições de vida. Em virtude desta ambigüidade no desempenho das funções parentais, a equipe social, entendeu que, neste caso, os motivos que fundamentam o pedido “não correspondem e nem são pertinentes à filiação pleiteada”.

A equipe social enviou ao Ministério Público o parecer relatando os fatos narrados durante a entrevista, este, de posse das informações subtraídas dos laudos acima, ou seja, dos estudos técnicos, e da ambigüidade de sentimentos apresentados pelo adolescente e seu genitor, manifestou-se a favor de um acompanhamento psicológico, tanto para o adolescente quanto para seu genitor, conforme se extrai do parecer ministerial:

Diante do quadro apresentado, mostra-se clara **a necessidade de um acompanhamento psicológico do adolescente e de seu genitor**, diante das consequências drásticas da medida pleiteada. Com efeito, mostra-se clara a confusão do menor e a baixa auto estima do genitor, indicando a necessidade de acompanhamento pela equipe de psicologia até que sejam superadas essas questões e a adoção seja mais refletida por ambos. Ante o exposto, pugna o Ministério público pelo acompanhamento do caso pela equipe de psicologia pelo prazo de três meses, ao final no qual deverá ser emitido laudo conclusivo acerca da medida mais favorável aos interesses do menor. (grifo nosso).

Assim, a equipe de psicologia, quando se deparou com o conflito apresentado pelo adolescente, possuir dois pais, decidiu realizar duas entrevistas. A dinâmica para tal feito seguiu a seguinte ordem: as primeiras ocorreram de forma individual e a

segunda em grupo. Comparecendo as entrevistas a genitora, o genitor, o requerente e o adotado. Na entrevista coletiva, o casal (mãe biológica e padrasto) e o adolescente, admitem que o “relacionamento entre eles é muito bom” e que os familiares do requerente apóiam a iniciativa bem como “consideram de fato o adolescente como um membro da família.” Diante de parte das entrevistas narradas, o primeiro estudo psicológico dos envolvidos, a equipe pronuncio-se da seguinte maneira:

Como pode-se perceber pelo resumo das entrevistas, na família em foco, há um clima de harmonia. Pode-se perceber também vínculos significativos de afeto, dedicação e acolhimento do requerente e família para com o adolescente. Sendo por isso benefício para ela a sua permanência na família em que se encontra. Além disso, o requerente expressa o desejo de poder continuar propiciando ao adolescente um desenvolvimento integral, harmônico e saudável. Mas vale ressaltar a ambigüidade expressa pelo adolescente com relação à figura paterna, do pai, e o sofrimento expressado pelo genitor. (grifo nosso).

Nota-se que, o estudo psicológico, ressalta que o adolescente está bem adaptado no seio da família que se encontra. Motivo que a equipe ressaltou como benéfico a sua continuação dentro da família atual. Porém, a ambigüidade afetiva, ou seja, encontrar nas duas figuras masculinas de sua história o referencial paterno excluiria a pretensão do pedido. Outras entrevistas foram realizadas, conforme sugestão do MP. O segundo laudo do estudo psicológico, utilizando-se dos mesmos recursos técnicos do primeiro, entrevistas individuais e em grupo, a equipe destacou que tanto o requerente continuava com o “firme propósito” em adotar o adolescente e propiciar a este um “futuro melhor” quanto o próprio adolescente manifestava-se com o mesmo intento anterior, ou seja, ser adotado pelo requerente. Porém, perceberam que no decorrer das entrevistas, a opinião do genitor paterno, modificara-se, pois o mesmo não gostaria de ser excluído da vida de seu filho, mesmo que fosse para melhor ampará-lo futuramente.

Como se pode perceber pelo resumo das entrevistas, houve modificação na dinâmica da situação em foco. O requerente continua com o firme propósito de adotar o adolescente, a genitora apóia esse desejo, que também é partilhado por ele. Todavia, o genitor do adolescente, embora aja concordado num momento anterior com a sua adoção, hoje concorda apenas com a medida de guarda, pois hoje tem maior esclarecimento sobre as implicações da medida aludidas. Em face do exposto, salvo melhor juízo, sugerimos a v.Exa. a medida de guarda ao invés de adoção. (grifo nosso).

Tanto o relatório da equipe social quanto o da equipe psicológica fizeram sugestões, que foram devidamente repetidas e atendidas pelos operadores do direito, influenciando diretamente na decisão judicial, conforme se destaca da sentença:

(...) como se depreende dos autos, verifico não estarem presentes todos os requisitos necessários ao deferimento da adoção pleiteada. Senão vejamos: A uma, porque, ainda que tenha concordado com o pedido inicialmente, o réu, após realização dos estudos técnicos, manifestou-se desfavorável ao pleiteado. A duas, porque após a realização do estudo psicológico restou **evidente a presença de ambigüidade nas opiniões do adolescente em relação ao genitor e ao requerente.** Diante do referido estudo, **torna-se claro que Xx tem uma forte referencia paterna de seu genitor em sua vida, razão pela qual tirá-la do adolescente não lhe traria benefícios.** O simples fato de a adoção garantir amparo financeiro ao adolescente não é o suficiente para se entender necessário o deferimento do presente pedido. A três, **porque, além do genitor não concordar com o pedido, não se mostram presentes fatos de que indiquem que o Sr. XX tenha descumprido os deveres inerentes ao poder familiar.** Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. (grifo nosso)

Observa-se, como dito, o peso que as posições ofertadas pelas equipes inferem nos julgadores, atuando, não apenas como meras recomendações, mas sim verdadeiros balizares da decisão judicial. Neste caso, a equipe técnica pautou-se pela ambigüidade de sentimentos do infante, desconsiderando a situação fática existente. Para o campo prático não é permitido a uma criança ou adolescente encontrar em duas pessoas diferentes o referencial de pai, sendo assim, a pluriparentalidade pode ser uma patologia aos olhos dos “julgadores”. Sobre esse assunto, Cavalcanti²⁹⁷ ressalta que,

Nesse sentido, a lei não admite que convivam em harmonia pais biológicos e pais socioafetivos; em outros termos, não reconhece a *multiparentalidade*, deixando sempre a cargo do julgador a difícil e controversa decisão sobre quem será o único pai e a única mãe da criança. Assegura-se a igualdade entre os filhos, mas não se suprem as desigualdades entre os pais, fazendo crer

²⁹⁷ CAVALCANTI, André Cleófas Uchoa. **Família, Dignidade e Afeto:** possibilidades e limites jurídicos para estabelecimento de múltiplos laços parentais. op.cit. p. 75. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4870. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

que existe, inclusive, uma hierarquia entre as ‘espécies parentais’.

Cumpramos salientar que o motivo de encontrar em duas figuras masculinas o referencial paterno foi determinante para que a equipe técnica entendesse que a medida pleiteada não se encontram presentes os requisitos pertinentes ao pedido, ou seja, oferecer um pai a uma criança.

Dentre os casos encontrou-se outra situação, que também toca sobre a problemática de dois pais, mas que teve seu pedido deferido. Neste caso, o genitor biológico não estava mais presente na vida do adolescente, dito de outra forma, já havia falecido, ou seja, não havia entre o genitor e o atual companheiro concorrência ou ajuda mútua do exercício das *funções parentais*.

Durante a coleta, a equipe social, constatou que o adotado possuía bom relacionamento com o adotante, bem como sua felicidade em mudar-se para o Japão e conviver com as irmãs com quem mantinha contato desde tenra idade. O laudo psicológico relatou o impasse que o adotado estava enfrentando em relação ao pedido de adoção: “o único aspecto negativo da adoção é a mudança de sobrenome, uma vez que é uma lembrança que guarda de seu pai.”

A partir das entrevistas realizadas, observamos que xy está ciente das implicações envolvidas no feito. **Acreditamos que o motivo que desencadeou o pedido de adoção não é por si suficiente para a concretização do feito**, no entanto, caba observar que diante da decisão da família em mudar-se para o Japão, o adolescente está suscetível a ficar desamparado caso permanecesse no Brasil. Observamos que xy e o Sr. Xy vem desenvolvendo vínculos afetivos. O requerente por sua vez vem prestando cuidados adequados ao adolescente. (grifo nosso)

O laudo psicológico demonstra que os pedidos de adoção também devem estar fundados em questões que de fato propiciem ao adotando reais vantagens, além dos laços de afeto e relação paterno filial estabelecidos. O adolescente por vários momentos relata o desejo de continuar com o patronímico de seu pai biológico, porém abriria mão deste para que a medida fosse deferida. O Ministério Público, baseando-se nos laudos social e psicológico emitiu o seguinte parecer:

(...) diante da manifestação positiva da equipe técnica do juízo, da concordância da mãe e ante a necessidade da adoção para que a família se junte as duas irmãs mais velhas que já estão residindo no Japão, pode-se afirmar que a adoção pleiteada atende a todos os requisitos do estatuto da Criança e do Adolescente, tudo levando a crer que o deferimento da adoção trará, efetivamente, reais vantagens para o adotando (art.43). Pelo exposto, caso em audiência o autor e o adotado confirmem os fatos narrados na inicial e nos estudos social e psicológico, opina o Ministério público pela procedência do pedido, devendo a inscrição do registro civil incluir o nome do autor e seus ascendentes, mantendo-se os demais dados (art. 47 do ECA).

Parecer ministerial ressalta a importância dos laudos emitidos pelas equipes técnicas para o convencimento do pedido. Desta forma, o juiz, no momento da sentença, e refletindo sobre a inquietação demonstrada pelo adolescente em razão do nome paterno, ponderou os fatos reais e decidiu da seguinte forma:

(...) o pedido encontra amparo nos artigos 38 e seguintes do estatuto da Criança e do adolescente. Os documentos que instruem a inicial demonstram que o requerente preenche os requisitos legais para pleitear a adoção. A mãe biológica consentiu com a adoção pleiteada pelo requerente. O pai biológico é falecido. Por sua vez o adotante aparenta nutrir grande carinho pelo menor, demonstra ser pessoa de bem, o que é recíproco por parte do adotando. Portanto, a adoção pleiteada apresenta *in casu* reais vantagens ao adotando e prescinde do estágio de convivência, vez que este já ocorre de fato há aproximadamente um ano. Ademais, o adotando é adolescente e demonstra bastante amadurecimento para a idade. **A vontade de permanecer com o patronímico do pai biológico não encontra proibição legal e pode ser deferida, na medida em que, como bem disse o adolescente, visa homenagear a memória de seu pai biológico.** (grifo nosso)

Neste caso em específico, o juiz, deferiu a adoção e consentiu que o sobrenome paterno configurasse no registro acrescentando-se a este o do adotante. Foi uma situação inclusiva, ou seja, de incluir o sobrenome de ambos e assim sem excluir a lembrança da origem genética. Entende-se que este deva ser o perfil e o entendimento do Judiciário.

Na sentença o juiz ressalta a importância do exercício pleno das funções atribuídas pelo Estado para o deferimento da medida bem como a função dos laudos técnicos, instruírem o juízo de valor do magistrado.

O pedido inicial deve ser acolhido por que a parte autora demonstrou reunir condições para o pleno exercício do encargo pleiteado fundando-se em motivos legítimos **de acordo com os estudos técnicos e apresenta reais vantagens** para o adotando reunindo os pressupostos dos art. 42 e 45 da Lei 8069/90.

Em todos os casos coletados, o pedido versava sobre a substituição da figura do genitor paterno pelo atual cônjuge ou companheiro materno.²⁹⁸ Outro dado que foi levado em consideração é que dois dos pedidos do modelo em observação – *adoção unilateral* - foram negados.

Na análise dos laudos sociais e psicológicos respectivamente, nota-se o empreendimento das equipes em perceber questões que tocam desde o exercício da *responsabilidade parental* quanto à construção de laços de afeto. Como já dito, a equipe social preocupa-se em perceber se o exercício das funções parentais está sendo desempenhadas de forma satisfatória pelo requerente, conforme se depreende do texto abaixo:

Diante do exposto, **percebe-se que os direitos e deveres do poder familiar estão sendo cuidadosamente observados pelo requerente e pela genitora**, além do fato de que a criança manifesta o desejo de tal intento, sendo essencial para a formação de sua identidade social. Tais fatores são de fundamental importância para o desenvolvimento saudável da criança em tela. (grifo nosso).

Enquanto que a equipe psicológica, conforme dito preocupa-se em identificar se entre o adotante e o adotado encontra-se estabelecimento laços de afeto e afetividade, conforme se depreende do trecho abaixo:

A partir das entrevistas pudemos perceber que um laço afetivo foi construído, de fato, entre o requerente e a criança em foco, sendo da vontade de ambos em terem esses vínculos estabelecidos na forma da adoção. Durante a fala do Sr. Paulo percebemos o carinho e o orgulho que ele tem por Mário por este querer a adoção. Desta

²⁹⁸ Conforme já explicitado em nota – no capítulo da *alienação parental* – este modelo (mulher abandonada expurgando a figura do pai da vida dela e do infante) embora predominante não seja exclusivo. Pois poderá ocorrer de forma inversa, ou seja, o homem com a guarda dos filhos expurgar a figura da mãe da vida deles.

forma, pensamos que a presente ação irá atender os direitos da criança em foco.

O caso de Rafael demonstrou qual a visão das equipes quanto à finalidade da adoção unilateral, ou seja, promover a figura de um pai a uma criança. Esta afirmativa extraiu-se de parte do parecer técnico.

O tema da nomeação é primordial num processo de adoção com estas características, quando o que está em questão não é a colocação da criança numa família substituta e sim o reconhecimento do nome de um pai, ou seja, a **inscrição simbólica da filiação**. Tendo em vista que, o pai biológico, nunca esteve presente na vida da criança, que esta reconhece na figura do padrasto e que este cuida dela provendo-a e educando-a desde os três anos de idade, dando-lhe cuidado, afeto e atenção. (Grifo nosso)

Observaram inclusive se entre o adolescente e o requerente existia “afeto de filho”, bem como se a criança reconhecia neste a única figura paterna. Situação favorável haja vista que este não teve contato e muito menos conheceu o genitor paterno.

(...) o menino informou que encontra-se esclarecido em relação às implicações da medida pleiteada e **afirmou que deseja ser adotado pelo requerente pois o reconhece como seu pai**. Declarou também que não mantém contato com o genitor, não tendo, portanto, qualquer vínculo afetivo com Paulo. (grifo nosso).

Assim, diante dos dados coletados pelas equipes técnicas, o juiz, estabelece seu juízo de valor sobre as questões apresentadas. A primeira sobre o direito do infante em ter o reconhecimento civil completo, o segundo a base de sua fundamentação e os motivos pelos quais está sendo concedido o pleito, assim se extraí do texto abaixo:

(...) constata-se de antemão que o adotando não teve ao menos o direito a completa identificação, eis que o genitor nem reconheceu sua paternidade (...) Logo, com base no princípio do melhor interesse da criança, merece prosperar o pedido do autor, por demonstrar condições de zelar pelo bem estar do adotando, como vem fazendo, atendendo as necessidades básicas de afeto

e segurança, indispensáveis ao desenvolvimento do infante.
(grifo nosso)

Dentre os dados pesquisados merece destaque aqueles que fazem são produto da *campanha fique legal*²⁹⁹. Um projeto organizado pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública do Fórum Regional de Campo Grande que teve por objetivo regularizar a situação de moradores, em especial de crianças e adolescentes, da região de Campo Grande, Pedra de Guaratiba, Ilha de Guaratiba, Barra de Guaratiba, Inhoaíba, Cosmos e Santíssimo, na Zona Oeste do Rio.³⁰⁰

O juiz Leonardo de Castro Gomes comentou que a campanha visa promover o acesso à justiça esta camada da população e assim regularizar judicialmente situações que existem de fato, cuja falta cria obstáculos no exercício de direito, no âmbito do direito de família e da infância e juventude dirimindo questões de tensão social na região.³⁰¹ O referido projeto incentivou aqueles que tivessem o desejo de regularizar um *vínculo parental* baseado em laços de afeto bem como situações em que crianças e adolescentes não registrados com o nome do genitor (a), *direito fundamental*, como se depreende do trecho abaixo.

Trata-se de **pedido de adoção unilateral** da criança acima referida, feito em conformidade com o sumário social realizada nesta data no âmbito dos atendimentos do **projeto fique legal**, neste Fórum Regional de Campo Grande. Houve a anuência dos presentes e a manifestação favorável da Promotoria da Infância e Juventude ao deferimento do pedido. (grifo nosso).

As equipes de assistentes sociais seguem um roteiro, uma espécie de questionário, onde as partes, além da identificação, situação sócio econômica, também manifestavam suas intenções, desejos, aspirações e ao preencher o relatório, verificam se os requisitos legais para o assente da adoção estão presentes – representar o real interesse da criança e do adolescente e a construção de vínculos afetivos – e logo após

²⁹⁹ Notou-se que dos treze (13) processos que não constam o nome do genitor no assento de nascimento quatro (4) encontra-se expressa referencia ao projeto.

³⁰⁰ Neste projeto a população, situada na região acima citada, poderiam homologar acordos de separação, divórcio, alimentos, reconhecimento de paternidade, guarda e visitação; obter registro de nascimento, óbito, carteira de identidade, CPF e carteira de trabalho; formular pedidos de alvará para levantamento de verba por morte (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e PIS); além de **resolver questões relativas à Infância e Juventude**. (grifo nosso). Disponível em: <http://www.direito2.com.br/tjrj/2006/mai/25/fique-legal-vai-regularizar-a-situacao-de-moradores>. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

³⁰¹ Disponível em: <http://www.direito2.com.br/tjrj/2006/mai/25/fique-legal-vai-regularizar-a-situacao-de-moradores>. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

enviam para apreciação do Ministério Público e do juiz para posterior decisão sobre o pedido.

A temática suscita outros questionamentos acerca das decisões jurídicas e dos pareceres dos assistentes nos estudos – social e psicológico, que são: o que legitima a filiação é o afeto? o que impossibilita ao direito, em conceber dois pais ao infante ou adolescente? O que de fato fundamenta os pedidos de *adoção unilateral*? Será o desejo da mãe em propiciar um *pai ideal* para seu filho ou o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*?

Diante do exposto os relatos técnicos servem de subsídios para que, tanto o juiz quanto o Ministério Público, se convençam que os motivos que fundamentam o pedido de *adoção unilateral* contemplam os requisitos legais, ou seja, que existem laços de afeto construído entre o requerente e o adotado, que as funções parentais estão sendo desempenhadas de forma satisfatória pelo adotante e que o abandono, pelo genitor, esteja configurado. Assim, diante do preenchimento destas possibilidades, a adoção unilateral, perante o Poder Judiciário, não encontra impedimentos. Dito de outra forma, ao Judiciário só interessa apurar as razões que fundamentam o pedido, e reconhecer a justiça das alegações apresentadas.

4.3.2 Os motivos para a adoção: do ponto de vista dos adotantes.

A escolha dos casos apresentados se deu por acreditar que há indícios de que ocorre a “produção” do abandono como uma resposta proveniente da *alienação parental*. Sendo assim, começar-se-á relatando a história de Ricardo.

O requerente, Patrício, atual companheiro da mãe de Ricardo, alegou nos autos que o genitor paterno não presta qualquer assistência ao adolescente. Afirmar ser ele quem supre as necessidades materiais de Ricardo, bem como presta assistência moral e educacional, atribuindo ao filho de sua companheira condição de filho. Ressalta-se que, inclusive, o adolescente, acreditou até os sete (7) anos de idade, ser filho biológico do requerente. A mãe de Ricardo, Maria, aduz que, logo após o rompimento com o primeiro companheiro, genitor do rapaz, ingressou com uma *ação de alimentos* que não logrou êxito, alegando que o referido além de não adimplir com a sentença pediu demissão do emprego para furtar-se do compromisso imposto. Afirmando que “(...) jamais impediu o genitor de visitar o filho, entretanto, logo após o nascimento do menino, o Sr. XY além de não prestar qualquer assistência, também não manifestou

intenção de manter contato com o filho”. Segue parte do que foi relatado pela genitora sobre o *abandono* produzido pelo genitor paterno.

O genitor do menino não presta qualquer assistência ao menor, desde que tinha apenas 2 (dois) meses de idade. A genitora ingressou com ação de alimentos em face do genitor, sendo que este jamais pagou qualquer quantia, tendo ainda pedido demissão do emprego para não pagar a pensão. O menino não mantém contato com a família do genitor, tendo sido dito pela avó paterna que não queria laços entre pai e filho para que o genitor não tivesse que pagar pensão alimentícia.

Sendo assim ficam evidentes dois pontos fundamentais para a abertura da ação de adoção. O primeiro decorre da afirmação acerca do abandono sofrido por Ricardo e da negligência em relação à *função parental*. O segundo deriva da alocação do padrasto no lugar de “pai verdadeiro”. Além do requerente e do genitor, o rapaz também foi entrevistado pela equipe técnica. Ao ser indagado sobre as razões de abertura do processo informa que reconhece o requerente como “seu pai” e que, por falta de contato com o genitor, não possui qualquer vínculo de afeto com o mesmo. Em contrapartida, Fábio, genitor de Ricardo, alegou que, durante certo período manteve contato com o adolescente, mas que ele não o reconhecia como pai. A informação sobre a rejeição por parte do infante em reconhecê-lo como seu pai pode possivelmente decorrer de uma *alienação parental*. Pode-se supor que, o adolescente e seu genitor paterno foram “alienados”, esvaziados pela falta de convivência e de manutenção dos laços afetivos.

A equipe técnica, neste caso, os assistentes sociais, em virtude da proximidade da audiência, motivo este que impossibilitou o estudo psicológico, manifestaram-se pelo deferimento da ação, aduzindo não haver encontrado motivos que contra indicassem a medida pleiteada. Assim sendo, o juiz, na sentença, julgou procedente a ação de Destituição do Poder Familiar (DPF) substituindo o genitor pelo requerente na vida do adolescente.

A equipe técnica referendou o pedido sem fazer alusão à manifestação patente da rejeição sofrida, sendo assim, desprezando os motivos alegados pelo genitor ao suposto abandono.

Dentre os 27 casos analisados, encontrou-se 2 (dois) em que os genitores contestam inicialmente a ação, no entanto, após a realização dos estudos social e/ou

psicológico modificaram de opinião concordando em ceder seus filhos aos companheiros de suas ex-esposas.

Dentre os processos nos quais houve contestação paterna há o de Luisa.³⁰² Uma ação de janeiro de 2004, anterior a Lei 12.318/2010. Na época, com 7 (sete) anos de idade, Luisa estava vivendo sob os cuidados de sua genitora e do atual companheiro, Júlio. Este alegou que o motivo que sustenta o pedido de *adoção unilateral* decorre da acusação de que o genitor, quando levava a criança para ficar em sua companhia, abusava sexualmente da mesma. A genitora manifestou-se ciente do processo e mostrou-se favorável ao pedido de adoção por seu atual companheiro. Algumas reflexões aqui são inevitáveis. Existe aqui a possibilidade da ocorrência de falsas acusações, visto que estas não foram confirmadas e foram negadas pelo acusado.

Cumprir informar que nos autos do pedido de adoção unilateral não se encontrou qualquer referencia ao inquérito policial ou processo judicial que informasse a veracidade das informações aduzidas. Nem tampouco informam que os motivos do pedido seriam de proteção da criança ou temor ao genitor, enfim, não há relatos mais aprofundados sobre as alegações aduzidas. Tampouco, durante o tramite processual da adoção, pediu-se o afastamento temporário ou suspensão das visitas do genitor à criança. O que leva a suspeitar de alienação parental.

A primeira audiência realizou-se sem a presença do pai biológico, pois o mesmo não fora encontrado. Sendo assim, o Ministério Público solicitou que fosse enviado um ofício na tentativa de encontrá-lo. Ao ser devidamente citado, o genitor contestou a ação refutando – abuso sexual. Na contestação aduziu que as “acusações são inverídicas e estimuladas pela genitora da infante com o intuito de afastá-lo do convívio com a criança”. O mesmo fora convocado para apresentar-se diante da equipe social e não compareceu. Na segunda chamada, o assistente que o atendeu relatou os fatos aduzidos pelo requerido. Nesta entrevista o genitor modifica sua intenção de contestar a ação e aceita a adoção da criança. O pedido da adoção fora deferido sem mencionar a questão do abuso sexual.

Nos dois casos apresentados, Ricardo e Luisa, a probabilidade do pedido de adoção fazer parte da vontade do genitor guardião em aniquilar da vida e história do filho a figura do ex-companheiro pode ser o fato que leva ao pedido de adoção em

³⁰² Este caso apresenta possibilidade de (AP): falsas acusações de abuso sexual com o intento de afastar a criança ou adolescente do convívio do outro genitor ou de seus familiares.

questão. Fernanda Otoni Barros³⁰³ relatou em sua obra alguns casos, dos quais participou como psicóloga do Judiciário, que podem ser comparados com os expostos acima.

A história de Judith, mãe de Maria Clara que ao casar-se com Clóvis decide apagar da vida de sua filha o pai biológico. Não só ela, mas o marido, cada um com suas razões, decidiram que tinham de excluir Carlos, pai biológico da criança em comento, de suas vidas. Embora Carlos lutasse pelo direito de visitar sua filha. Judith e Clóvis interpuseram o pedido de adoção unilateral de Maria Clara no Juizado da Infância e Juventude³⁰⁴ o casal ofereceu um endereço antigo de Carlos. Judith declarou que este encontrava-se desaparecido. Na ação de DPF de Maria Clara, Carlos, fora declarado revel e assim a adoção de Maria Clara foi deferida sem sua anuência.

Diante do que foi apresentando questiona-se a possibilidade do Poder Judiciário, através das ações de *adoção unilateral*, estar referendando questões de *alienação parental*. Conforme dito, a *alienação parental* ocorre pós ruptura conjugal.

A lei possibilita que uma pessoa, quando deseja oferecer um novo pai/mãe para seu filho se valha do instituto em comento. Substituir àquele que, do ponto de vista alheio, não conseguiu desempenhar a *função parental* move esse tipo de ação. Sendo assim, é possível pressupor a possibilidade de *alienação parental*, ensiná-lo.

Vale ressaltar que apesar dos casos dizerem respeito às adoções que visem extirpar o pai biológico da vida do filho, é possível que ocorra o inverso. O guardião da criança pode ser o pai biológico. Nestes casos, é possível que este também aliene a mãe (genitora) do convívio familiar. Entretanto, o material analisado não diz respeito a esta modalidade de relações. Talvez isso se deva ao fato de que em nossa sociedade é mais comum que, nos casamentos desfeitos, a guarda da criança fique com a mãe. Desta forma, é possível aventar a hipótese de, nestas situações, ser recorrente a produção de *alienação parental*, pois a mãe fica com um contato maior com o filho e pode, assim, influenciar e interferir na relação mantida entre o pai e o filho. Esta mãe, que tem um novo relacionamento pode querer fazer crer que o companheiro atual desempenha melhor as funções de pai em detrimento do pai biológico.

Nessas relações percebe-se que o *estado de filiação* está ligado ao *exercício da autoridade parental*. Concebe-se que as figuras do pai e de mãe podem ser definidos a

³⁰³ BARROS, Fernanda Otoni. **Do Direito ao Pai**: a paternidade no tribunal e na vida. 2. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-70.

³⁰⁴ Cumpre ressaltar que as duas ações, do pedido de visitas e do pedido de adoção unilateral, correram em paralelo, ou seja, uma na vara da família e a outra na vara da infância e juventude.

partir dessa conduta e não apenas aos laços de sangue. Este critério se assemelha ao que, em âmbito doutrinário, se refere como construído por meio do afeto. Segundo Teixeira³⁰⁵,

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é o genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consangüíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. **É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.** (grifo nosso).

Entretanto além dessa concepção de laços de parentesco percebe-se que existe uma necessidade simbólica de conceder ao filho do companheiro o seu nome. É uma espécie de expurgação da relação conjugal anterior, representando assim a *morte simbólica* do excluído. Poderia se perguntar se, nesses casos dentro dos quais se deseja que o filho tenha o nome do pai socioafetivo não haveria possibilidade de nos casos assim desejados, manter também o nome do genitor no registro de nascimento?

Dentro das hipóteses de multiparentalidade, segue a história de Luis. O adolescente, à época do pedido processual contava com 15 (quinze) anos. Após a morte de seu pai, sua mãe, viúva, decide resgatar uma antiga relação conjugal, dizendo em outras palavras, o atual companheiro da mãe biológica de Luis, aquele que veio a juízo solicitar o pedido de adoção do adolescente, já tivera sido seu parceiro afetivo. Este, após reatar o relacionamento afetivo, torna-se o atual companheiro de sua mãe. Com residência fixa no Japão e para que o adolescente pudesse acompanhar o casal e obter o visto de permanência no país em questão, era necessário que fosse adotado. Neste caso, a razão que fundamentou o pedido, encontra-se na transferência de país. Para não deixar o rapaz desamparado no Brasil e conseguir levá-lo para o Japão, exigência do referido

³⁰⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A *multiparentalidade* como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. Disponível em: http://www.fiscolex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

país, torna-se necessária a adoção. A análise para o deferimento do pedido baseou-se no *princípio do melhor interesse do adolescente* e neste caso seria a concessão da adoção,

Porém o caso demonstrou a dualidade de sentimentos e confusões por que passou o adotando. Ao saber dos critérios da irrevogabilidade da *adoção unilateral* e a substituição do nome paterno o jovem apresentou sentimentos de tristeza, pois durante os quase 11 (onze) anos de convivência com o pai biológico, o menino, estabeleceu laços afetivos e o referencial de pai encontrava-se devidamente solidificado. O adolescente, mostrou-se ciente das implicações do pedido, inclusive revelando que o único aspecto negativo se dava em razão da necessidade de retirar de seu sobrenome a “lembrança que guarda de seu pai.” A exclusão do nome do pai, para Luis, era o ponto mais sensível, pois extirpava-lhe o pai de sua história de vida.

Além desses há o processo de Mévio, único indeferido dentre os 27 (vinte e sete) pesquisados. O processo é originário da vara da Praça Onze e data do ano de 2004. Em 2007 foi redistribuído e foi para a Vara de Santa Cruz.

A história do adolescente acima em comento é bastante emblemática, rica em detalhes, demonstrando, inclusive, a falta de consenso das decisões judiciais quando analisados os fatos do caso concreto. Abrindo a possibilidade de se questionar condições como: afeto, o poder de decisão da perícia técnica, desempenho do exercício da função paterna e princípio do melhor interesse da criança.

Em 2004, o companheiro da mãe de Mévio, que já vivia com a mesma desde 1994, ajuizou uma ação de adoção do adolescente. Alegou que o pedido era proporcionar ao jovem benefícios previdenciários futuros. Informou ainda que Mévio dentro do contexto familiar encontrava-se na posse da condição de filho³⁰⁶.

O pai biológico de Mévio, por sua vez, consentiu com o pedido acima. Alegou inclusive que esta opção, adoção, seria melhor para o adolescente. Neste caso, o genitor paterno, não é ausente segundo os relatos. Entretanto está na condição de desempregado há mais de 10 (dez) anos, “criando estratégias de sobrevivência (biscates)”, e durante este tempo não conseguiu ofertar ao filho melhores condições de vida.

O rapaz frequentemente visita o genitor e entre ele e sua família extensa mantém fortes laços de afeto. Declara, para a equipe técnica, que “o deferimento do pedido de adoção não modificaria as relações familiares paternas estabelecidas.”

³⁰⁶ Os benefícios aludidos são desde o plano de saúde, de assistência dental, bolsa auxílio escolar, entre outros, bem como direitos previdenciários do requerente.

Resta esclarecer que, a mãe do adolescente declara que sempre incentivara o contato com o genitor paterno e agora, que o adolescente encontra-se em “idade para falar com clareza sobre o assunto” é que considerou ser o mais adequado para iniciar o procedimento da adoção.

No decorrer do processo, durante os estudos técnicos, o genitor mudou sua opinião. Manifestou-se contrário ao pleito após ser informado das implicações jurídicas da adoção. Informou que não gostaria de ser alijado da vida de seu filho.

No entanto, mesmo sabendo das implicações jurídicas da ação, o adolescente, continuou manifestando interesse em ser adotado. Informou aos técnicos que possuía dois pais, bem como, o desejo de ser perfilhado pelo padrasto e poder usar em seu sobrenome a assinatura do mesmo. Falou que amava o pai biológico, mas que desejava ser adotado.

Os relatos demonstram a angústia sofrida pelos envolvidos. De um lado a vontade livre e consciente do adolescente, visando condições melhores de vida, ao ser adotado pelo padrasto. De outro, o pai biológico, também desejando ofertar melhores condições, mas não conseguindo por condições próprias, entregando o filho a outro. A decisão de desistir, quando se depara com a exclusão de seu nome e de sua família da vida civil de seu filho, revela o sofrimento de ser expurgado, demonstrando que, mesmo acreditando que a decisão poderia trazer melhores condições ao filho, prefere desistir e continuar “pai”.

A equipe técnica, de posse do poder de dizer a “verdade” relata que, “a motivação principal que fundamenta a presente ação esta centrada no acesso do adolescente a benefícios, visando sua proteção, configurando interesse pecuniário.” Segundo Uziel³⁰⁷, os técnicos tendem a se prender à previsão legal para responder as questões relativas à adoção.

A afirmativa, diante do caso em comento e da transcrição dos discursos, pela própria equipe técnica, levanta a sublime questão: não pode um infante ou adolescente considerar dois homens como pais?

A questão que fundamenta o indeferimento da adoção, além da recusa paterna pelo pedido, encontra-se na ambigüidade de sentimentos demonstrada pelo adolescente. O pedido formulado restou-se improcedente por acreditar-se que a ambigüidade afetiva apresentada pelo menino não atenderia ao propósito formulado – *adoção unilateral*.

³⁰⁷ UZIEL, Anna Paula. OP.cit. p. 41.

4.4 *Multiparentalidade*: por um direito inclusivo para os casos de famílias reconstituídas.

As questões referentes à *adoção unilateral* servem para repensar quais os impedimentos de oferecer, à criança ou adolescente, uma “tutela plena dentro dos interesses do menor, como corolário do *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente* e da *doutrina da proteção integral*,” como forma de acrescentar à sua volta “todas as pessoas que exerceram papéis de paternidade e da maternidade em sua vida”.³⁰⁸

Dentro da temática proposta *direito à convivência familiar e comunitária* este entendimento alargaria as possibilidades de convivência da criança e do adolescente, ao invés de, quando deferida à *adoção unilateral*, privá-la do contato com o genitor substituído e com os demais integrantes da família. “É por isso que se percebe como o direito não conseguiu, ainda, ter uma visão plural da paternidade. Só a admissão da diversidade implica a pluralidade. Está, porém, em curso esta mudança.”³⁰⁹

Não tutelar este fenômeno, que ousamos denominar *multiparentalidade*, pode ser explícita agressão ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que nestas situações prescinde da convivência com todas essas figuras, e que deve ser, portanto, tutelada amplamente pela ordem jurídica.³¹⁰

Os argumentos contra esta proposta divergem entre si. O primeiro deles baseia-se na Lei de Registros de Pessoas Civis datada de 1973 que veda que figurem dois pais no assento de nascimento e o segundo utilizou do *princípio do melhor interesse da criança* para aduzir que admitir a possibilidade de que no registro de uma criança ou adolescente figure dois pais estaria indo contra o interesse da criança e que, em caso de conflito entre estes pais, a criança sairia perdendo. Sendo assim, o IBDFAM, vem

³⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A *multiparentalidade* como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. Disponível em: http://www.fiscolex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

³⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. Op.cit. p. 206.

³¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A *multiparentalidade* como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. Disponível em: http://www.fiscolex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

produzindo inúmeras discussões sobre o assunto e responde aos dois pontos da seguinte forma:

Como resposta ao primeiro

Como argumentar que não seria possível o reconhecimento, na sua forma mais ampla, da paternidade socioafetiva, porque uma lei de 1973 assim não permite? Ora, quer dizer que todos os princípios orientadores das relações familiares instituídos pela Constituição de 1988, sucumbem diante de uma lei ordinária de 1973? Evidentemente que, *in casu*, cabe à norma de 1973 se adequar à nova roupagem traçada pela CF/88, adequação esta indubitavelmente se dará através de uma nova interpretação sobre velhos preceitos.³¹¹

E para o segundo

Evidentemente que tais considerações jamais podem ser desprezadas, pois, é óbvio que essa situação pode se concretizar, o que poderá trazer prejuízos ao menor, ferindo assim, o princípio do melhor interesse. Todavia, cabe ao juiz, diante do caso concreto, perquirir a estabilidade daquela relação familiar a que será inserida a criança, buscando evitar ao máximo, que eventuais conflitos futuros possam acarretar prejuízos ao menor. Deve o magistrado, fazendo-se uma analogia à adoção, verificar efetivamente qual é a relação dos pretensos pais, seu perfil, enfim, um verdadeiro estudo psicossocial dos 'pais', verificando se essa relação seria saudável para a criança, inclusive, analisando a probabilidade de eventual futuro litígio.³¹²

De acordo com o IBDFAM, tanto a lei como o direito e seus operadores não podem ficar alheios a esta família cada vez mais plural, onde novos arranjos surgem e se acomodam ao meio social necessitando de reconhecimento e de responsabilidades solidárias. “Considerando os princípios que orientam as relações familiares entre pais e filhos, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a afetividade e o melhor interesse da criança entre outros” encontram-se o fundamento para possibilitar a

³¹¹ A possibilidade de registro de dois pais na certidão de nascimento da criança: uma reflexão civil-constitucional. Disponível em: [HTTP://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=411](http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=411). Acesso em: 26 de dezembro de 2010.

³¹² A possibilidade de registro de dois pais na certidão de nascimento da criança: uma reflexão civil-constitucional. Disponível em: [HTTP://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=411](http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=411). Acesso em: 26 de dezembro de 2010.

inclusão no assento de nascimento de uma criança o nome de dois pais. Tal conduta esta pautada no resguardo de direitos fundamentais.

Doutrinadores como Teixeira e Cavalcanti defendem que a possibilidade do reconhecimento de dois pais ou duas mães no assento de nascimento não configura violação de direitos. O Poder Judiciário, a seu turno, tem oferecido através da jurisprudência o entendimento de ser possível constar no registro de nascimento o nome de dois pais ou duas mães em sede de pedidos de adoção por casal homoafetivo. Segundo se observa de parte do acórdão.³¹³

A idéia é a de que haja possibilidade de estender esse entendimento para outros arranjos familiares, no caso das famílias reconstituídas. Segundo Teixeira e Rodrigues³¹⁴,

O paradigma plural contemporâneo abandonou a perspectiva de exclusão; agora, trata-se da multiplicidade de papéis que são todos cabíveis em uma relação parental, mesmo que se trate de paternidade e/ou de maternidade. (...) Cabe ao Direito, então, dessecá-lo, em nome da tutela do menor, que deve ser qualitativamente especial, já que está ‘em jogo’ a estruturação de sua personalidade, seu crescimento saudável e a proteção aos seus direitos fundamentais.

O direito ao estabelecer as regras para adquirir a condição de filho, natural ou civil, atribuiu a pais e filhos um *vínculo jurídico*. Este vínculo configura-se pela *idéia de unicidade*, ou seja, uma criança está ligada a figura de um pai e uma mãe. Segundo Cavalcanti,³¹⁵ “obviamente que tratamos aqui de um vínculo jurídico, pois os vínculos afetivos são muito mais ricos que as meras formalidades do direito”. O autor aduz que:

(...) certas realidades se impõem de maneira tal que o intérprete se vê obrigado a tencionar ao máximo o Direito. É o caso, por exemplo, das relações sociais em que efetivamente existem duas mães, dois pais, ou mais, que comungam, tanto afetivamente quanto

³¹³ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>. Acesso em: 16 de janeiro de 2011.

³¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A *multiparentalidade* como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. Disponível em: http://www.fiscolex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

³¹⁵ CAVALCANTI, André Cleófas Uchoa. **Família, Dignidade e Afeto**: possibilidades e limites jurídicos para estabelecimento de múltiplos laços parentais. op.cit. p. 10.

socialmente, de um status de filiação. A criança, por exemplo, pode se reconhecer filha de dois pais (pai biológico e padrasto), e estes se reconhecerem como pais e efetivamente praticarem atos relacionados com tais status. Quando isto ocorre, normalmente a sociedade também assim os reconhece.

Segundo Cavalcanti, a ruptura dos paradigmas da biparentalidade em face de uma realidade social que se compõe de todos os tipos de famílias possíveis. O atual ordenamento e a autorização da livre (des)constituição familiar, acaba não sendo capaz de dar conta dos múltiplos arranjos existentes. Para Pereira³¹⁶,

Esta multiplicidade de formas de família, aparentemente tão assustadoras e desorganizadas das relações sociais são o retrato da vida como ela é, e como as famílias vêm-se adaptado à realidade. Até mesmo as crianças de rua e na rua reinventam seus núcleos familiares reproduzindo e instituindo lugares paternos e paternos.

Conforme visto, o instituto da *multiparentalidade*, vem sendo utilizado por alguns juristas quando o pedido de adoção é proposto por casais do mesmo sexo, ou seja, homoafetivos, não havendo, diante de uma leitura constitucional fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse e da máxima proteção, nenhum impedimento de que, por analogia, seja empregado a casos em que envolvem dois referenciais importantes, biológico e afetivo, para alguém que se encontra em construção de sua personalidade e por conseguinte do seu sujeito.

³¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit. p. 137-138.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar o *direito à convivência familiar e comunitária* frente à sociedade contemporânea e suas múltiplas formações familiares, ou seja, em tempos de rupturas conjugais e novas configurações de famílias, como o judiciário, o legislativo e a doutrina operam em razão dos indivíduos que compõem esta estrutura, em especial a criança e o adolescente, e quais os mecanismos utilizados para tutelar seus interesses.

Esta perspectiva nasceu, conforme dito, durante a participação em um projeto de pesquisa (nome). Na coleta de dados percebeu-se a existência de uma quantidade significativa de ações de *adoção unilateral*, observando-se nelas um discurso recorrente de abandono das funções parentais. Este elemento, abandono das funções parentais, aparece como significativo para o deferimento da ação. Sendo assim, o estudo se valeu

de ações de *adoção unilateral* para, através de um olhar sensível, compreender como o judiciário responde, em tempo de incertezas conjugais, sobre os rumos da vida de um infante.

A abordagem histórica apresentou fundamental importância no sentido de se perceber como o Estado, em todas suas esferas, olhava para a infância e sua gerência na vida dos componentes de uma família, havendo porém uma evolução da categoria de *menor em situação irregular* para a compreensão de *sujeitos de direitos*, bem como a aceitação de princípios visando o melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente. Cabe destacar a influência do cenário internacional, em especial dos tratados e convenções internacionais, na construção interna de direitos voltados para a infância e adolescência.

Os relatos históricos demonstraram também que, embora o Brasil não estivesse acompanhando de imediato as modificações internacionais acerca do instituto de tutela máxima, atualmente, se encontra com uma legislação, considerada por vários autores nacionais, vanguardista de proteção para criança e adolescente conhecida como Estatuto da criança e do adolescente.

Sendo assim, salienta-se a importância da análise histórica para a compreensão das modificações ocorridas, tanto no Estado quanto na doutrina acerca da família e seus indivíduos. Cumpre ressaltar o importante papel da Constituição Federal de 1988, como operadora destas transformações, como também, pela adoção dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, proteção integral e melhor interesse da infância e juventude, contribuindo para posterior exame da doutrina, no sentido de apontar novas estratégias de ampliação desta proteção para abarcar os “novos” modelos de família e seus indivíduos.

Nesse entendimento, de fundamental importância foi à investigação, na visão doutrinária e jurisprudencial, sobre os vários conceitos, sociais e jurídicos acerca do que se pode considerar família. Refletiu-se a respeito do papel da mulher num contexto histórico legal, do Código Civil de 1916 ao ordenamento atual, 2002. Mais uma vez encontra-se a Carta de Outubro no seio destas modificações, operando de forma positiva e significativa com o fim de oferecer condições dignas e iguais para os componentes da família. Os princípios constitucionais sendo aplicados nas relações familiares contribuem para a interpretação das normas com o intuito de propiciar uma igualdade de papéis aos indivíduos da família, bem como transformando a idéia de família como instituição, tornando-a um instrumento integralizador e lugar ideal para a formação do

indivíduo. Surge, desta forma, o entendimento *do afeto como base de sustentação e manutenção desta integralização*.

Conforme demonstrado visto, é o afeto o elemento principal para a conservação dos indivíduos no seio familiar; sendo assim, para se compreender a necessidade de formular um “novo pai” ao filho dentro das ações de *adoção unilateral* precisou-se partir do seu oposto, ou seja, *o abandono*, sentimento observado como norteador dos discursos proferidos pelos agentes envolvidos em ações de *adoção unilateral*.

A Constituição atribuiu aos pais o dever de assistir, cuidar e educar os filhos e o mau desempenho destas funções gera aos responsáveis as sanções previstas no Código Penal brasileiro, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, observou-se quais as modalidades de abandono previstas no direito pátrio e suas respectivas sanções. Conclama-se, assim, a família, a sociedade e o Estado para garantir os direitos voltados à criança e ao adolescente, bem como suas respectivas atribuições e limites.

No estudo do descumprimento dos deveres parentais deparou-se com dois pontos da temática, *abandono afetivo* e *alienação parental*, recorrentes nos discursos dos requerentes, reproduzidos pelos técnicos judiciais nos laudos, como razão do pedido e a existência de um abandono “voluntário” por parte do genitor não convivente, possivelmente mascarando uma situação de *alienação parental*. Dito de outra forma observou-se que na pós-dissolução conjugal e nas tentativas frustradas de convivência com o infante ou adolescente, a resposta aos obstáculos produzidos pelo genitor guardião desembocaram na decisão de deixar de visitar, ou seja, de abandonar o filho. Essa atitude é uma resposta para o outro, ou seja, para o genitor alienante, mas, constata-se que a principal vítima é a criança, ou seja, o filho. A alienação parental portanto, visa expurgar e atingir a figura do ex companheiro ou companheira enquanto o abandono afetivo pode surgir em virtude dos obstáculos produzidos e assim aparecer como uma resposta ao ex cônjuge. Tanto um quanto o outro produzem uma só vítima, os filhos, que nada têm a ver com as querelas decorrentes do fim da relação conjugal. Neste contexto destaca-se a figura do *cuidado* como instrumento capaz de minimizar essa questão social tão séria. Entende-se a figura do *cuidado* como um meio hábil para compreender o conteúdo das funções parentais, ou seja, o bom desempenho destas atribuições deve se pautar dentro da perspectiva proposta na categoria do cuidado. Dito de outra forma, aqueles que estiverem na companhia de crianças ou adolescentes devem exercer as funções atribuídas pelo Estado sob a ótica do bem cuidar.

Observa-se a tentativa do Estado de, por meio do Poder Legislativo, assegurar a efetivação dos direitos fundamentais voltados para a infância e juventude e acompanhar as modificações sociais, produzindo uma gama de leis que entram em choque umas com as outras, principalmente, quando se trata de questões que envolvem o *direito à convivência familiar e comunitária*, assim, ao invés de oferecer segurança para a criança e adolescente acaba por criar uma insegurança jurídica.

Nesta esteira de proteção, o Poder Judiciário, numa perspectiva de efetivar o *direito à convivência familiar e comunitária* acredita que, ao formular um “pai” ao infante abandonado, através do pedido de *adoção unilateral* está atendendo aos principais interesses do infante ou do adolescente. Sendo assim, pode estar cancelando um projeto pessoal de *morte simbólica* do genitor.

Por fim apresentou-se tanto as histórias de vida dos requerentes bem como o parecer dos assistentes judiciais coletados nas ações de *adoção unilateral*. Demonstrou-se, neste capítulo, a influência da presença do *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente* e do laço afetivo como norteador destes posicionamentos, bem como, a reincidência de um discurso de abandono produzido pelos requerentes como motivadores do pedido de adoção. Mostrou-se a importância dos laudos técnicos, no convencimento dos juízes da área da infância e juventude. Sendo assim, encontrou-se no universo de dados coletados algumas histórias de abandono afetivo que levam a acreditar serem respostas da *alienação parental*, ou seja, é então o abandono afetivo uma resposta do genitor à programação materna ou de seus familiares ao *direito à convivência familiar e comunitária*.

Nesse entendimento notou-se que o papel das equipes era “basicamente” perceber se entre o adotante e o adotado existiam laços de afeto que permitissem o deferimento da medida e se, as funções atribuídas a aqueles que se consideram “pais” estavam sendo desempenhadas e exercidas de forma unitária. Essa monoparentalidade é ressaltada em virtude da falta de habilidade em perceber que as funções atribuídas pelo Estado correspondem a um papel e que quanto mais pessoas se imbuírem de desempenhá-lo melhor para o infante e o adolescente.

No universo de discursos tem-se a sensação de desrespeito aos interesses “da criança” que se destacam da voz dissonante dos filhos – “gostaria de ser adotado, mas deixar de usar a única lembrança de meu pai seria muito triste”; “tenho dois pais”; “amo meu pai e meu padrasto”. Quando os técnicos se deparam com estes discursos a

improcedência do pedido é caminho seguido, ou seja, a decisão de negar o pedido é o que oferece menor trabalho.

Neste dissertação menciona-se a importância do instituto da *multiparentalidade* como uma forma de ampliar a tutela protetiva voltada ao melhor interesse da criança e do adolescente, visando por um direito inclusivo, ou seja, de repensar a finalidade do direito e a criação de mecanismos de inclusão de sujeitos. Assim, utilizar os antecedentes históricos de exclusão e discriminação como argumento para rechaçar as discriminações ainda existentes, traz o problema de conceber dois pais. Nesta perspectiva percebe-se o atual movimento, dentro de uma idéia de acesso à justiça, dos operadores do direito, em especial do Judiciário, em aceitar a composição dos conflitos, ou seja, que os envolvidos em querelas judiciais construam uma forma de solucionar seus litígios. A mediação tem-se mostrado como um mecanismo hábil inclusive na solução de litígios familiares onde crianças e adolescentes encontram-se envolvidos.

Sendo assim, pontua-se que nós não podemos mais pensar as coisas como antes. As transformações por que passamos são rápidas e compete ao direito dar a estas mudanças respostas também urgentes e justas.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Ângela Mendes de. (ET all). **Pensando a Família no Brasil:** da colônia a modernidade. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades matrimoniais: Revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ALVES. Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo:** A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a critica do sujeito. Curitiba: UFPR, 2000.

BARROS, Fernanda Otoni. **Do Direito ao Pai:** a paternidade no tribunal e na vida. 2. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Myrian Lins de. (org). **Família e Gerações.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo.(org.). **Dicionário de Filosofia do direito.** Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2010.

BITTENCOURT. Sávio. A nova Lei de Adoção: Do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

BOFF, Leonardo. Saber cuidar: ética do humano. 16. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BOUDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal). 13 ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

BRASIL, Lei n. 3071 de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2010.

BRASIL, Lei n. 10.406 de 2002 que instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

BRASIL, Lei n. 11.698 de 2008 que dispõe sobre a Guarda Compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2010.

BRASIL, Lei 12.010 de 13 de agosto de 2009 que dispõe sobre a adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2011.

BRASIL, Lei n. 12.318 de 2010 que dispõe sobre a *alienação parental*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm acesso em: 20 de dezembro de 2010.

BRASIL, Projeto de Lei (PL) n. 2205 de 2007 que dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf . Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp 57.606/MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJU 15.05.1995) (RSTJ 81/306). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). (Resp). 757.411. Recorrente V. de PF de OF. Recorrido: ABF. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 27 de maio de 2010.

BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Agravo de Instrumento**: AG 7084 RS2005.04.01.007084-7. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?. Acesso em: 15 de fevereiro de 2011.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchoa. **Família, Dignidade e Afeto**: possibilidades e limites jurídicos para estabelecimento de múltiplos laços parentais. op.cit. p. 75. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4870. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12 ed. 4ª imp. São Paulo: Editora ática, 2001.

DARNALL, Douglas. Conseqüências da Síndrome de *Alienação parental* sobre as crianças e sobre o genitor alienado. Disponível em: www.apase.com.br. Acessível em: 10 de novembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed.rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

DIAS, Maria Berenice. A Ética na Jurisdição da Família. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **A Ética da Convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice Dias. *Alienação parental*: um crime sem punição. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. De acordo com a lei 12.318/2010. 2 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8 ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência familiar e comunitária:** contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro (2 edição revista e atualizada de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406/02) ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução Roberto Cabral de Melo machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes – Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996.

FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975) / Michel Foucault; tradução Eduardo Brandão – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de *Alienação parental* (SAP)? Tradução para o português por Rita Rafaelli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

GLANZ, Semy. **A família mutante:** Sociologia e Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Volume VI: Direito de Família – 6ª edição revista e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** Comentado. 2ª. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas:** Novas Uniões depois da separação. 2. Ed.rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUEIROS, Dalva Azevedo. Adoção consentida: do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta. – São Paulo: Cortez, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil na Relação paterno-filial.** In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. V.1 (jul/ago 2004).-Porto Alegre: Magister, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução.** Revista brasileira de direito de família, Porto Alegre: Síntese, n.01, p-7, abr/mai/jun. 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por *abandono afetivo*. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. (coord.). **A ética da Convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HOGEMANN, Edna Raquel R.S. **Danos Morais e Direitos da Personalidade: uma Questão de Dignidade.** In KLEVENHUSEN, Renata Braga. **Direito Público e Evolução Social.** Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JARDIM-ROCHA, Mônica. Síndrome de *Alienação parental*: A mais grave forma de abuso emocional. In PAULO, Beatrice Marinho (coord.). **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco.** Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal** (Vol. 1). São Paulo: Saraiva, 2002.

KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org)...et al. **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a racionalidade contemporânea** – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos.** Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>. Acesso em: 27 fev. 2011.

MACHADO, Marina de Toledo. **A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, São Paulo: Editora Manole Ltda. (2003).

MAGGIONI, Mário Romano. Processo n. 1.030.012.032-0. 2ª vara civil de Capão da Canoa/RS.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades Parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (org.). **Cuidado e vulnerabilidade.** São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n.1.0000.00.321175-2/000(1)**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Andrade. Belo Horizonte, 06 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tj.mg.gov.br> Acesso em: 21 de setembro de 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível N° 1.0024.02.703757-1/001** – Relator: Des. Gouvêa Rios. DJ 25.10.2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Priscilla Fagundes. **A voz do coração: pais e filhos na travessia jurídica da família no Brasil**. Dissertação de mestrado apresentado ao curso de pós graduação da faculdade de direito na Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2008.

MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2009.

MONTEIRO, Sonia Maria. Aspectos novos da adoção: adoção internacional e adoção do nascituro. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Valério Teixeira do. **Sustentabilidade**: possibilidades de um dialogo entre o campo econômico e o campo jurídico. Dissertação de mestrado apresentado no curso de pós graduação da faculdade de direito na Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: UNESA, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil**: comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

NEVARES, Ana Luisa Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas a concepção hierarquizada. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Et. all. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PAIVA, Leila Dutra de. Adoção: significados e possibilidades. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos**. 6ª edição de acordo com o Código civil de 2002. Atualizadora: Lúcia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização Jurídica da Família**. Tese de doutorado apresentada ao curso de pós graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREZ, Elísio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da *Alienação parental* (Lei 12.318/2010). In DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e Alienação parental**: realidades em que a justiça inexiste em não ver. 2.ed ver., atual e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Louis. **Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social**. Tradução Luiz Alberto Monjardim. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

PRIORI, Mary Del. **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e juventude. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

RINALDI, Alessandra de Andrade; Barreto, Neilza Alves. **Análises Preliminares do censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: HYPERLINK <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Primeiro%20Censo/cap7.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Projeto de pesquisa “Genetização do Parentesco e o impacto nas ações de adoção no município do Estado do Rio de Janeiro”**. Disponível em:

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Solidariedade, localidade, filiação e a “nova cultura da adoção” no município do Rio de Janeiro**.

RINALDI, Alessandra de Andrade. **Violência e Gênero: A construção da mulher como vítima e seus reflexos no Poder Judiciário: a Lei Maria da Penha como um caso exemplar**. In KLEVENHUSEN, Renata Braga. (coord.). **Direito Público e Evolução Social**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2005.710.007514-1 – vara Praça Onze. Ano inicial: 2005 e ano final: 2006. Idade do adotado: 8 anos e do adotante: 34 anos. Situação sócio econômica: empregado. Estado civil: casado.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2007.206.004387-9. Vara Santa cruz. Ano inicial: 2004. Ano final: 2007. Idade do adotado: 14. Idade do adotante: 41. Estado civil: casado. Obs.: esse processo tem registro de ter sido iniciado na Comarca da Capital – Praça Onze – sob o no. 2004.710.004700-3.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2004.710.005680-6. Ano inicial: 2004. Ano final: 2006. Vara Santa Cruz. Idade do adotado: 17. Idade do adotante: 40. Estado civil: união estável. Não conta nos dados coletados o número de redistribuição do processo em comento.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2006.710.006980-5. Praça Onze. Ano inicial: 2006. Ano final: 2006. Idade do adotado: 11 anos. Idade do adotante: 68.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2004.710.000147-7. Vara Praça Onze. Ano inicial: 2004. Ano final: 2007. Idade da adotada: 7 anos. Idade do adotante: 26. Estado civil: união estável.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2006.710.009475-7. Vara Santa Cruz. Ano inicial: 2006. Ano final: 2006. Idade do adotado: 10 anos, idade do adotante: 47. Estado civil: união estável.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2005.710.007514-1. Vara praça onze. Ano inicial: 2005. Ano final: 2006. Idade do adotado: 8 anos. Idade do adotante: 34.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2005.710.007514-1. Vara praça onze. Ano inicial: 2005. Ano final: 2006. Idade do adotado: 8 anos. Idade do adotante: 34.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2006.710.004570-9. Ano inicial: 2006. Ano final: 2006. Idade do adotante: 32 anos. Idade do adotado: 11 anos. Estado civil: casado. Vara Santa cruz.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo no. 2006.710.004772-0. Vara de Santa Cruz. Ano inicial: 2006. Ano final: 2007. Idade do adotado: 15 anos. Idade do adotante: 55.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 70017390972.2006/CIVEL.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 70017390972.2006/CIVEL.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 70017390972.2006/CIVEL.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº70014814479/2006/CIVEL.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. ver. Atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo:** História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de Justiça:** antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.698/08 (Lei da Guarda Compartilhada) e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro (coord.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas**. Disponível em: http://www.fiscollex.com.br/doc_6221868_MULTIPARENTALIDADE_COMO_EFEITO_SOCIOAFETIVIDADE_FAMILIAS_RECOMPOSTAS.aspx. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

THEOPHILO, Rodrigo Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos da personalidade na temática da transexualidade**. Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2008.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de *Alienação parental*. In DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. De acordo com a lei 12.318/2010. 2 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias Reconstituídas. In Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.

VERSIANI, Tatilla Gomes. ABREU, Maryane. A Síndrome da *Alienação parental* e a reforma do Judiciário. Acessível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27234>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. **Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento**. 350 f. (Tese de doutoramento). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social) Museu Nacional (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 2002.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

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

APASE – associação de pais e mães separados. Disponível em: <http://www.apase.org.br/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

PAILEGAL. Disponível em: <http://www.pailegal.net/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2011.

Disponível em: <http://casojoannamarcenal.blogspot.com/search/label/Introdu%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Disponível em: 22 de janeiro de 2011.

Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. acesso em: 18 de junho de 2010.

Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/visitas.pdf. Acesso em: 27 de fevereiro de 2011.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=70411&nreg=200000312487&dt=20001106>. Acessado em: 14 de dezembro de 2010.

Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>. acesso em: 20 de dezembro de 2010.

Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 29 de dezembro de 2010.

Informação extraída do quadro comparativo e a lei 12.010/09. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/hp/8/docs/quadro_comparativo_eca_x_nova_lei_da_adocao%5B1%5D.pdf. Acesso em: 08 de fevereiro de 2011.

Projeto de Pesquisa “genetização do parentesco e o impacto das técnicas reprodutivas no instituto da adoção no município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.genetizacaodoparentesco.web.br.com/login.php>. Coordenada pela Professora Alessandra Rinaldi e está em vias de finalização.

Disponível em: <http://www.direito2.com.br/tjrj/2006/mai/25/fique-legal-vai-regularizar-a-situacao-de-moradores>. Acesso em: 24 de dezembro de 2010.

A possibilidade de registro de dois pais na certidão de nascimento da criança: uma reflexão civil-constitucional. Disponível em: <HTTP://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=411>. Acesso em: 26 de dezembro de 2010.