

DIREITO CIVIL

ARTIGO

OS DIREITOS DOS “FILHOS DE CRIAÇÃO”

THE RIGHTS OF FOSTER CHILDREN

NIDIANE MORAES SILVANO ANDRADE

Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
nidiane@mp.mg.gov.br

RESUMO: A igualdade entre filhos biológicos e adotivos e o direito à convivência familiar e comunitária estão diretamente relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático brasileiro. Tais conceitos devem ser entendidos amplamente, garantindo-se assim aos “filhos de criação” o reconhecimento jurídico de sua identidade afetiva e todos os demais direitos, inclusive hereditários. Promotores de Justiça, Juízes da Infância e Juventude, Conselheiros Tutelares e toda a rede de atendimento precisam agir de forma articulada para detectar precocemente os acolhimentos voluntários ilegais e evitar a permanência de crianças na condição de “filhos de criação”. Nos casos já consolidados, o objetivo deve ser regularizar juridicamente a condição de filho adotivo, ainda que tal providência se faça contra a vontade dos “pais de criação”, promovendo a responsabilização civil e penal cabível se for constatado o descumprimento dos deveres legais inerentes ao poder familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação; socioafetividade; igualdade; adoção; criação.

ABSTRACT: Equality amongst biological and adoptive children and the right to have a healthy community and family life are directly related to the protection of human dignity, a core fundament of the Brazilian Democratic State. Such concepts must be widely understood in order to guarantee that adopted children have juridical acknowledgement of their affective identity and all further rights, including inheritance ones. Public Prosecutors, Judges specialized in Children and Adolescents, Guardianship Councils and the whole care net must act in an articulated way to detect early illegal voluntary off the record adoption and avoid the upbringing of children in families without adoption (known as “foster child”). In concrete cases in which this situation is already a reality, the objective is to legalize the condition of adopted child, even if this is against the will of the “parents” (known as “foster father”), promoting civil and criminal liability if it is verified that the legal duties of family power are not fulfilled.

KEY WORDS: Affiliation; socio affectivity; equality; adoption; Guardianship Council.

SUMÁRIO: 1. A família e a filiação na Constituição de 1988 e no ECA. 2. O direito à convivência familiar e comunitária. 3. Adoção formal e os “filhos de criação”. 4. Os direitos dos “filhos de criação”. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. A família e a filiação na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A Constituição Federal confere especial proteção à família, tratando em seu capítulo VII “Da Família, da Criança e do Adolescente e Do Idoso”. O artigo 226 classifica ainda a família como a “base da sociedade”.

Discorrendo sobre o conceito de sociedade, Bonavides destaca que, para Bobbio, ela tanto pode aparecer em oposição ao Estado como debaixo de sua égide: “Conjunto de relações humanas

intersubjetivas, anteriores, exteriores e contrárias ao Estado ou sujeitas a este”.¹

As relações sociais como um todo, em especial as relações de poder, são regidas por princípios e normas constitucionais, o que também ocorre com a entidade familiar, como unidade social base no Estado brasileiro. Daí ser possível afirmar que a especial proteção do Estado é conferida à família enquanto espaço de cuidado e proteção entre seus próprios membros, visando a dignidade da pessoa humana, a promoção da cidadania, o respeito à diversidade sem preconceito e discriminação, o desenvolvimento de valores como justiça, solidariedade e liberdade (artigos 1º e 3º da CF e seus incisos).

Não por outro motivo o capítulo VII da CF incluiu expressamente a proteção à criança e ao adolescente e à pessoa idosa, destacando o direito à dignidade para todos os componentes da família: a) o casal no artigo 226, § 7º; b) a criança e o adolescente no artigo 227; c) o idoso no artigo 230.

Irreparável, portanto, o posicionamento de Tepedino a respeito da proteção constitucional conferida à família:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. (TEPEDINO, 2004, p. 372-373).

Ao tratar da composição familiar, o texto constitucional enfatiza a relação parental filial, rompendo dessa maneira com o padrão tradicionalmente conhecido de grupo composto por pai, mãe

¹ BONAVIDES, 2000, p. 61.

(casados) e seus filhos.²

O mesmo ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu art. 25 define como família natural “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Além disso, a Lei nº 12.010/2009, acrescentando parágrafo único ao artigo 25, inseriu na legislação brasileira o conceito já tão difundido socialmente de família ampliada ou extensa:

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

Em face dos dispositivos supramencionados, o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária aprovado por Resolução Conjunta do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) nº 1, de 13 de dezembro de 2006, aponta a necessidade de reconhecer a diversidade das organizações familiares no contexto atual, conferindo maior relevância à função de proteção e socialização dos filhos biológicos e/ou adotivos em condições de igualdade:

A ênfase no vínculo de parentalidade/filiação, respeita a igualdade de direitos dos filhos, independentemente de sua condição de nascimento, imprimindo grande flexibilidade na compreensão do que é a instituição familiar, pelo menos no que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes. Torna-se necessário desmistificar a idealização de uma dada estrutura familiar como sendo a ‘natural’, abrindo-se caminho para o reconhecimento da diversidade das organizações familiares no contexto histórico, social e cultural. Ou seja, não se trata mais de conceber

² “§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

um modelo ideal de família, devendo-se ultrapassar a ênfase na estrutura familiar para enfatizar a capacidade da família de, em uma diversidade de arranjos, exercer a função de proteção e socialização de suas crianças e adolescentes.

De fato, a Carta Magna veda a distinção entre os filhos biológicos e os adotivos, assegurando a todos os mesmos direitos:

Art. 227. 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.

[...]

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

Antes de tecer maiores considerações a respeito do dispositivo, vale lembrar que as normas constitucionais possuem diretrizes peculiares de hermenêutica e interpretação. Primeiramente não podem ser interpretadas com base na legislação ordinária, ou seja, de baixo para cima, pois a supremacia da Constituição é o principal fio condutor do processo. Conforme leciona Barroso: “A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional”. (BARROSO, 2004, p. 107).

Sobre o risco da interpretação da Constituição de acordo com as leis infraconstitucionais, alerta J. J. Gomes Canotilho:

[...] A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. [...] Em terceiro lugar, não

deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. [...] (CANOTILHO, 2000, p. 1196).

A linguagem constitucional é própria, ou seja, os termos empregados possuem um caráter amplo, que, como bem comentou Celso Bastos, “mui raramente se apresentam como enunciados particularizados”.³

Finalmente, a interpretação de uma norma constitucional deve conferir-lhe a máxima efetividade, sob pena do indevido esvaziamento do seu conteúdo.

No contexto de especial proteção estatal fundada na dignidade da pessoa humana acima delineado, o dispositivo constitucional que assegura a igualdade de direitos entre os filhos não se limita aos casos de adoção formal, feita de acordo com o ECA e o Código Civil, mediante sentença transitada em julgado. É correto afirmar que a Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º, protege também os “filhos de criação” e aqueles adotados “à brasileira”.

2. O direito à convivência familiar e comunitária

O direito à convivência familiar e comunitária, além de possuir sede constitucional (art. 227), é reafirmado no artigo 4º e mereceu abordagem detalhada no capítulo III do Título II do ECA. Em virtude da importância da convivência familiar e comunitária para o saudável desenvolvimento da criança e do adolescente, o assunto é tratado em vários outros dispositivos do Estatuto, os quais foram reforçados com as modificações recentemente introduzidas pela Lei nº 12.010/2009.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/09/1989 e ratificada

³ BASTOS, 1999, p. 59.

pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, assegura à criança e ao adolescente o direito à identidade, incluindo o nome e as relações familiares:

Artigo 8 1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. (grifo nosso).

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

A Lei nº 2.010/2009, reforçando a importância de buscar-se prioritariamente a manutenção da criança e do adolescente em sua família de origem, acrescentou os parágrafos 1º a 3º ao artigo 19 do ECA, estabelecendo que a manutenção em programa de acolhimento institucional não deve se prolongar além de dois anos e que “A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio”.

O artigo 19 do ECA não deixa dúvidas de que o direito à convivência familiar é verdadeiro direito a ter uma família, ou melhor, ser membro integrante de uma família natural ou substituta, não sendo suficiente estar inserido em um contexto familiar. Nesse mesmo sentido o inciso X do parágrafo único acrescentado pela Lei nº 12.010 no artigo 100 introduziu como princípio que rege a aplicação de medidas protetoras a prevalência da família:

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.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

A Declaração dos Direitos da Criança aprovada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 já destacava em seu princípio sexto a importância de a criança ser criada em um ambiente de afeto e segurança moral e material, naturalmente fazendo referência à família de origem ou à família substituta que passe a integrar:

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 da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às 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.

É realmente a família o núcleo de afeto e segurança no qual o ser humano se desenvolve. Tendo como referência os demais membros daquele grupo ao qual pertence e no qual desempenha

um papel relevante, a criança pode formar sua própria identidade e gradativamente, na medida em que cresce e amadurece, assumir novos papéis sociais, na escola, no trabalho, em suas relações afetivo-sexuais, na política etc. Nessa trajetória, a retaguarda familiar será importante para estimular a autoconfiança e a capacidade de superação das possíveis frustrações e perdas. Em qualquer fase de sua vida adulta, as experiências vividas na infância e na adolescência no âmbito familiar exercerão significativa influência.

Para Winnicott a família é o melhor grupo para o desenvolvimento da criança e do adolescente, desde que a convivência seja saudável e garanta esta possibilidade:

[...] o indivíduo encontre e estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade – um membro ativo e criativo, sem perder sua espontaneidade pessoal nem desfazer-se daquele sentido de liberdade que, na boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo. (WINNICOTT, 2005, p. 40).

O ordenamento jurídico delinea as obrigações e os cuidados atribuídos aos pais em relação aos seus filhos, bem como as hipóteses de perda do poder familiar (Código Civil):

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

[...]

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

[...]

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

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

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

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

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prescreve:

Art. 22. 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.

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

Art. 24. A perda e a suspensão do 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.

Desrespeitados sistematicamente os parâmetros transcritos acima, quando a manutenção da criança ou do adolescente na família de origem (ou sua restituição a este núcleo) se tornar impossível, evidentemente será necessário assegurar-lhe um espaço de proteção provisório até a integração a uma família substituta, função essa desempenhada pelos programas de acolhimento institucional (casas-lares, abrigos, repúblicas) ou familiar (famílias acolhedoras). Nesses casos o papel do Estado e das políticas públicas envolvidas é

imprescindível, pois o rompimento dos vínculos de origem não pode ser feito sem um simultâneo trabalho profissional de qualidade para minimizar os efeitos negativos dessa situação, como bem destacado no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária:

Assim, quando a separação é inevitável, cuidados alternativos de qualidade e condizentes com suas necessidades devem ser administrados, até que o objetivo de integração à família (de origem ou substituta) seja alcançado, garantindo-se a provisoriedade da medida de abrigo. (ECA, art. 101, parágrafo único).

Inadmissível, portanto, que a criança ou o adolescente privados da convivência com sua família de origem, nuclear ou extensa, sejam inseridos em unidades de abrigo, famílias acolhedoras, as quais não se confundem com famílias substitutas, sem que sejam feitas intervenções profissionais visando minimizar o sofrimento, resgatar a autoestima, desenvolver a autonomia e prepará-los para serem incluídos em um novo lar.

3. A adoção formal e os “filhos de criação”

As inúmeras normas que disciplinam a adoção formal e estabelecem requisitos específicos para autorizá-la possuem a clara função de proteger a criança e o adolescente, resguardando seus interesses. Embora o vínculo da adoção seja indissolúvel, o prejuízo que a rejeição ou um ambiente impróprio, instável, violento ou promíscuo podem causar ao indivíduo em desenvolvimento já afastado da família biológica é incalculável.

Com efeito, o princípio do melhor interesse da criança orienta toda a atuação administrativa, legislativa e judicial na área e encontra respaldo na Declaração dos Direitos da Criança e no artigo 3 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de

lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

ARTIGO 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

No ECA podemos encontrar o princípio do melhor interesse expressamente no artigo 43, que trata da adoção e no artigo 100, inciso IV, a respeito das medidas de proteção (acrescentado pela Lei nº 12.010/2009):

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

[...] IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Sobre a repercussão do princípio na atuação das autoridades envolvidas, transcrevemos os comentários de Andréa Rodrigues Amin:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. (AMIN; MACIEL, 2006, p. 31).

Tamanha é a importância de garantir a adequada avaliação da capacidade e do preparo dos candidatos a adotantes para exercerem a paternidade e a maternidade responsáveis que o artigo 197-C do ECA passou a exigir a intervenção obrigatória de equipe interprofissional do Poder Judiciário na fase de habilitação de pretendentes. Mantém-se ainda o estágio de convivência previsto no artigo 46, a ser acompanhado com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar.

A relação entre filhos e pais adotivos (de fato ou de direito) deve ser de amor, acolhimento, afeto e confiança, jamais de piedade ou compensação. Aos pais incumbe destinar-lhes tratamento estritamente igual ao de seus filhos biológicos, visto que a legislação lhes garante iguais direitos, inclusive sucessórios, como bem ensina Liberati:

A adoção não se faz por obra de caridade, nem por compaixão da criança ou do adolescente. Adoção não é 'estepe' de família falida, tampouco panacéia para as feridas familiares. Não se presta para aliviar a solidão do casal nem para dar companhia ao filho único; não consola a família quando falece um filho; não transfere a afetividade daquele que faleceu para aquele que foi adotado, pois isso é prejudicial para ele que se vê em segundo lugar no coração da 'mãe'. (LIBERATI, 2003).

Todas as cautelas, planejamento e profissionalização do processo de adoção objetivam detectar e avaliar as motivações dos adotantes e prepará-los para receberem o adotando, evitando o insucesso

do acolhimento e a “revitimização” que pode ocorrer de inúmeras formas.

Nesse contexto constitucional e legal, não há mais espaço para a figura do “filho de criação”, via de regra um recém-nascido que os pais afetivos acolhem, porém ocultam do Conselho Tutelar, do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito sob a falsa alegação de estarem agindo humanitariamente. Contentes com a chegada de um bebê ou de uma criança em tenra idade, a qual preenche um espaço vazio, seja ele qual for, os “pais de criação” assumem voluntariamente o papel de referência parental dos “filhos de criação”, evitando propositalmente qualquer contato da criança com a família biológica.

Acreditando praticar um gesto de “caridade” em relação àquela criança, perseveram na decisão de acolhê-la enquanto ela se mostrar dócil e apta a proporcionar-lhes alegria e satisfação, mas muitos descartam a criança que se tornou adolescente e em determinado momento tornou-se motivo de tormentos e desgosto.

Inaceitável também que continuem existindo os “irmãos de criação”, os quais muitas vezes dedicam boa parte de suas vidas aos cuidados com os pais idosos, incapacitados, acamados, sem nunca terem recebido destes tratamento igual ao dispensado aos filhos biológicos, atitude que se consuma no momento do inventário e da partilha, nos quais nem sequer são lembrados.

Trata-se de uma prática ainda muito comum na sociedade brasileira, que precisa ser combatida com seriedade, pois muitos são os “filhos de criação” sem chances de ser adotados ou reintegrados às suas famílias biológicas, rejeitados pelos “pais de criação”, os quais chegam até mesmo a abandoná-los nas ruas à própria sorte.

Assim, faz-se necessário assegurar os direitos dos “filhos de criação”, minimizando o quanto possível os danos causados à formação da identidade e à construção do projeto de vida de cada um deles.

Não cabe aqui discutir os efeitos que o acolhimento despreparado, feito por “pais de criação” inseguros e voltados para a satisfação

de suas próprias necessidades, pode causar à formação de uma criança. Não devemos olvidar, porém, que esse é também um “tabu” a ser superado com argumentos técnicos, subsidiando um trabalho urgente de conscientização social sobre o papel da Justiça da Infância e Juventude e de toda a rede de atendimento em proteção das crianças abandonadas, mesmo daquelas acolhidas voluntariamente por uma “boa alma”.

4. Os direitos dos “filhos de criação”

Os Tribunais pátrios têm reconhecido o valor jurídico do afeto, embora sejam mais frequentes os casos de paternidade socioafetiva do que de maternidade:

ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO AFETIVA. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. SEGREGADO DE JUSTIÇA (TJ/RS, Apelação Cível n. 70012613139, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, julgado em 16/11/2005).

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. Não restou demonstrada a alegação de erro substancial no momento em que a paternidade foi registrada. Ademais, com o tempo, restou configurada a paternidade socioafetiva, que prevalece mesmo na ausência de vínculo biológico. Descabe alterar o valor dos alimentos quando não demonstrada a alegada impossibilidade do alimentante em suportá-los. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ/RS, Apelação Cível n. 70012504874, Oitava Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, julgado em 20/10/2005).

Em ação que versava sobre direitos sucessórios, o Desembargador Rui Portanova do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destacou

a importância da relação socioafetiva como geradora de efeitos jurídicos:

[...] Logo, a paternidade socioafetiva é aquela relação entre pai e filho que ao longo do tempo vai criando raízes a ponto de – apesar da verdade biológica – fazer criar uma outra verdade social que o Poder Judiciário não pode ficar alheio, uma vez que diz respeito à própria dignidade da pessoa humana, princípio maior que norteia todo o sistema normativo.[...] TJ/RS, Embargos Infringentes n. 70011650108, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 12/08/2005.

Para o reconhecimento da posse do estado de filiação, não há regulamentação explícita infraconstitucional em nosso ordenamento, porém cabe aqui citar o artigo 311-2 do Código Civil francês, que apresenta as seguintes espécies de presunção de estado de filiação, dispensando a reunião delas:

- a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais;
- b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;
- c) quando os pais provêem sua educação e seu sustento;
- d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
- e) quando a autoridade pública o considere como tal.

Destaca Paulo Luiz Netto Lôbo que na experiência brasileira configuram posse de estado de filiação a adoção de fato, em que muitas vezes se converte a guarda, os filhos de criação e a chamada “adoção à brasileira”.⁴ E acrescenta:

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética*: uma distinção necessária. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>. Acesso em: 21 fev. 2011.

O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa [...].

[...]

O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Ainda que ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Assim, para abranger todo o universo de situações existenciais reconhecidas pelo direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

É notório que a adoção formal se processa perante o Juiz de Direito e que existem filas de espera para receber uma criança. Assim, uma pessoa por sua própria vontade não pode se eximir de observar tais formalidades e futuramente abandonar uma criança ou um adolescente que acolheu e criou como filho(a), esquivando-se das responsabilidades que assumiu.

Agindo dessa maneira, essas pessoas driblam toda a organização do Poder Judiciário e impedem que um casal determinado a adotar formalmente proporcione à criança um lar seguro e definitivo. Posteriormente, na adolescência, quando surgem muitas dificuldades e problemas e as chances de colocação em outra família substituta sob a forma de adoção assistida pelo Poder Judiciário são pequenas, muitos argumentam sem nenhum pudor que não são os pais daquele menor, que os verdadeiros genitores o abandonaram, razão pela qual apenas fizeram uma “caridade”.

O artigo 243 do Código de Processo Civil prevê que a parte que deixou de observar determinada forma prescrita em lei, sob pena de nulidade, não pode alegá-la:

Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Embora seja um dispositivo inserto na lei processual civil, não temos dúvida de que deve ser aplicado nos casos dos “filhos de criação”.

Insta ressaltar que os “pais de criação” aos quais nos referimos são aqueles que não possuem nenhuma relação de parentesco com o menor e o acolhem agindo em seu próprio benefício, visando preencher um espaço no qual um bebê ou uma criança se encaixa.

Do mesmo modo como ocorre com os pais biológicos, certamente é impossível compelir os “pais de criação” a proverem aos filhos carinho, afeto e proteção, porém pode-se compeli-los a prover pelo menos a subsistência deles até a maioridade. Ademais, com o reconhecimento do Estado de Filiação os “pais” omissos passarão a responder pelos crimes contra a assistência familiar previstos no Código Penal, artigos 244 (abandono material), 245 (entrega de filho menor a pessoa inidônea), 246 e 247 (abandono intelectual).

Respalda em definitivo os direitos dos “filhos de criação”, responsabilizando os pais afetivos, também é uma forma de evitar que inúmeras crianças e adolescentes sejam mantidos por anos a fio em situação de risco, sem responsável legal juridicamente definido, sem o conhecimento da rede de atendimento e proteção à criança e ao adolescente, por pessoas que não estão dispostas a adotá-los formalmente.

Os “filhos de criação” têm o direito de ver sua situação jurídica regularizada, sob pena de continuarem sendo pessoas sem identidade e ascendência, abandonadas pelos pais biológicos, pelos pais afetivos e também pelo Estado em seu dever de proteção.

Não há nenhuma base legal em nosso ordenamento jurídico para impedir o reconhecimento da posse do estado de filiação e a inclusão do nome dos pais afetivos no registro de nascimento dos “filhos de criação”. Negar esse direito equivaleria a afirmar que o ordenamento jurídico quer proteger adultos civilmente capazes de uma criança ou adolescente que no futuro possa apresentar problemas de comportamento graves ou assegurar o direito patrimonial de possíveis herdeiros consanguíneos em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Logicamente isso não impedirá que o Poder Judiciário conceda a guarda de determinadas crianças e adolescentes a pessoas da família extensa ou ligadas fortemente a esse grupo, sempre que considerar que a preservação dos laços com a família de origem bem como a manutenção do vínculo de filiação com os genitores biológicos melhor atendem aos interesses do menor em questão. Uma vez preservada a identidade biológica e afetiva, a história de vida e familiar original, orientados os guardiões a esse respeito, ainda que a criança ou o adolescente estejam inseridos em uma família substituta, não serão considerados “filhos de criação”.

Pelas mesmas razões, é preciso atenção com os pedidos de guarda judicialmente formulados quando se percebe que o vínculo com a família de origem não pode ou não deve ser preservado ou restabelecido, detectando-se até mesmo a necessidade de um trabalho técnico para a superação dos traumas e memórias decorrentes da violência e do abandono infligidos pelos pais biológicos. Esses candidatos a guardiões se apresentam com o nítido intuito de proporcionar um novo lar às crianças que já acolheram, colocando-se de modo a ocupar o lugar dos pais biológicos, estimulando a criança ao tratamento materno ou paterno filial. Em tais casos, não se pode falar em simples guarda, mas sim em adoção.

Incumbe à equipe técnica do Poder Judiciário, ao Promotor de Justiça e ao Juiz de Direito verificarem se o pedido de guarda é apropriado porque formulado por membro da família extensa, ou alguém muito próximo que proporcionará àquela criança a manutenção dos vínculos familiares; caso contrário haverá uma típica circunstância de abandono em que a busca pela colocação em família substituta sob a forma de adoção é obrigatória. Nesse sentido o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária:

Toda criança e adolescente cujos pais são falecidos, desconhecidos ou foram destituídos do poder familiar têm o direito a crescer e se desenvolver em uma família substituta e, para estes casos, deve ser priorizada a adoção que lhes atribui a condição de filho e a integração a uma família definitiva. (PNCFC).

5. Conclusão

As redes de atendimento enfrentam o grande desafio de promover a manutenção de crianças e adolescentes em suas famílias de origem, realizando intervenções técnicas para orientar e auxiliar pais e família extensa a exercerem o cuidado e a autoridade, bem como expressarem o afeto. Em um segundo momento, o desafio é conseguir encaminhar uma criança maior de três anos ou um adolescente para família substituta.

Nesse cenário os “filhos de criação” merecem atenção especial, razão pela qual se conclui pela necessidade de providências para coibir a prática da adoção informal na sociedade, bem como assegurar a crianças e adolescentes nessas condições o reconhecimento jurídico de sua identidade afetiva, promovendo-se concomitantemente a aplicação das medidas protetivas cabíveis. Se porventura identificar crianças e adolescentes rejeitados pelas mães e pais “de criação”, incumbirá ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude promover a coleta das provas necessárias para demonstrar a posse do “estado de filiação” e ajuizar as ações próprias para incluir o nome dos “pais de criação” nos registros de nascimento, além de outras medidas de responsabilização cível e penal pelo abandono.

A abordagem técnica da família afetiva nos termos expostos possivelmente adquirirá maiores chances de sucesso, uma vez que os “pais de criação” não poderão mais se escusar de suas responsabilidades perante a lei, ficando sujeitos a responder a processos por abandono, além de serem compelidos ao pagamento de pensão alimentícia.

Simultaneamente, em defesa do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes mediante o combate à adoção apenas de fato, Promotores de Justiça e Juízes de Direito atuantes em Varas de Família precisam analisar com especial atenção os pedidos de guarda ajuizados por pessoas que não pertencem à família extensa das crianças, principalmente quando a inicial narrar o abandono e a desvinculação com os pais biológicos, promovendo a remessa do feito à Vara da Infância e Juventude em razão da situação de risco evidenciada.

Em seguida, com auxílio da equipe interdisciplinar do Poder Judiciário, deve ser feita a correta condução do processo com vistas a regularizar em definitivo a situação jurídica da criança, não permitindo a permanência dela em família despreparada para adotá-la, exceto nos casos extremos em que os relatórios interdisciplinares indicarem ser o deferimento apenas da guarda mais apropriado do que a colocação em família cadastrada para a adoção.

Fundamental também que sejam estabelecidas parcerias com o Conselho Tutelar, Unidades de Saúde da Família, Centros de Educação Infantil e outros visando identificar o mais precocemente possível a existência de crianças abandonadas pelos pais biológicos, acolhidas voluntariamente sem as providências formais para a adoção, sensibilizando a opinião pública sobre a necessidade de extirpar a prática dessa informalidade.

6. Referências bibliográficas

AMIN, Andréa Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 59.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Nacional de Assistência Social. Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária. Brasília/DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 13 dezembro de 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1196.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção: adoção internacional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <www.ibdbufam.org.br/?artigos&artigo=126>. Acesso em: 21 fev. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 272-273.

WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40.

Artigo recebido em: 29/05/2010

Artigo aprovado em: 11/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110008