

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAROLINA VALIATI DA ROSA

**O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS MELHORES INTERESSES DA
FAMÍLIA BIOLÓGICA: A FAMÍLIA EXTENSA REINTERPRETADA**

**CURITIBA
2013**

CAROLINA VALIATI DA ROSA

**O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS MELHORES INTERESSES DA
FAMÍLIA BIOLÓGICA: A FAMÍLIA EXTENSA REINTERPRETADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Fábio Ribeiro Brandão

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA VALIATI DA ROSA

O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS MELHORES INTERESSES DA FAMÍLIA BIOLÓGICA: A FAMÍLIA EXTENSA REINTERPRETADA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, __ de dezembro de 2013.

DESDE LOS AFECTOS
Cómo hacerte saber que siempre hay tiempo?
Que uno tiene que buscarlo y dárselo.
[...]
Que las heridas se cierran.
Que las puertas no deben cerrarse.
Que la mayor puerta es el afecto.
Que los afectos, nos definen.
[...]
Que para que alguien sea, hay que ayudarlo.
Que ayudar es poder alentar y apoyar.
Que adular no es apoyar.
Que adular es tan pernicioso como dar vuelta la cara.
[...]
Que se siente con el cuerpo y la mente.
Que con los oídos se escucha.
Que cuesta ser sensible y no herirse.
Que herirse no es desangrarse.
Que para no ser heridos levantamos muros.
Que quien siembra muros no recoge nada.
Que casi todos somos albañiles de muros.
Que sería mejor construir puentes.
Que sobre ellos se van a la otra orilla y nadie vuelve.
Que volver no implica retroceder.
Que retroceder también puede ser avanzar.
Que no por mucho avanzar se amanece más cerca del sol.
Cómo hacerte saber que nadie establece normas, salvo la vida?

(Mario Benedetti)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo compreender qual é o tratamento jurídico dado à colocação de crianças e adolescentes em família substituta, tangendo, sobretudo, o conflito entre os interesses da família extensa e da família biológica e os melhores interesses dos infantes. Para tanto, o estudo adota por fundamento a noção de que o direito atual iguala as relações familiares fundadas em laços afetivos e aquelas que têm por base vínculos biológicos. Com o fito de responder se é possível que os interesses da família biológica sem vínculos afetivos constituídos com o infante sejam juridicamente protegidos nos processos de colocação em família substituta, o estudo foi dividido em três seguimentos. Em um primeiro momento, trata da evolução histórica do direito de família, a fim de compreender qual é o lugar ocupado pelo elemento afeto no sistema jurídico brasileiro atual. Em seguida, discorre acerca da principiologia do direito infanto-juvenil, mais propriamente sobre os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da prevalência da família. Por fim, tendo por base as conclusões traçadas nos tópicos anteriores, analisa a normativa que rege a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, trabalhando com a definição legal de família extensa para compreender as consequências jurídicas de se erigir o afeto como elemento central das relações familiares.

Palavras-chave: família extensa; afeto; colocação em família substituta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A CONCRETIZAÇÃO DO AFETO COMO ELEMENTO NUCLEAR DA FAMÍLIA: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS	8
2 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO INFANTO-JUVENIL	15
2.1 O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA	15
2.2 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA	18
3 O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS MELHORES INTERESSES DA FAMÍLIA EXTENSA	23
3.1 A NORMATIVA QUE REGE A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA	24
3.2 A DEFINIÇÃO LEGAL DE FAMÍLIA EXTENSA	25
3.3 A VALIDADE JURÍDICA DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES DA FAMÍLIA BIOLÓGICA	28
CONCLUSÃO	35

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família patriarcal, vista como modelo na sociedade brasileira desde o período colonial, foi substituída por um instituto familiar que enaltece o afeto como elemento nuclear, abandonando – ou pelo menos relegando a um plano secundário - as funções religiosa, política, procracional e econômica da família.¹

Em outras palavras, a família retratada no Código Civil de 1916 – patriarcal, hierárquica, monogâmica, transpessoal, patrimonialista e fundada exclusivamente no matrimônio – hoje é concebida como uma família repersonalizada, cujos elementos estruturantes são a afetividade, a liberdade, a responsabilidade, a igualdade, a colaboração e a comunhão de vida.

Assim, erigido o afeto como fundamento jurídico inescusável para a concretização da família contemporânea, vislumbra-se que todo o segmento do direito que disciplina relações familiares deve ser interpretado tendo em vista esse elemento.

No campo do direito infanto-juvenil, mais propriamente, as relações entre o sujeito criança e o sujeito adolescente com os demais indivíduos pertencentes ou não ao núcleo familiar só podem ser compreendidas à luz do princípio de que, em não havendo relações de afinidade ou afetividade entre pessoas que mantêm entre si mero vínculo biológico, a família, nos termos positivados pela legislação constitucional, não está caracterizada.

Esse raciocínio adquire forte relevo quando se busca interpretar os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que disciplinam a colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Isso porque, conforme se verifica da leitura do artigo 19 da referida lei, o ordenamento prioriza o direito da criança e do adolescente de ser criado no seio de sua família de origem e admite a colocação em família substituta apenas em casos excepcionais.

¹ Ressalte-se que, em que pese a composição da nova concepção de família tenha sido efetivada pela Constituição de 1988 – pelo menos no plano formal -, a crise da família patriarcal e as alterações da concepção da família teve início ainda no século XX, conforme doutrina de Paulo Lôbo in: LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19/22.

A questão é saber qual é o conceito de família de origem positivado no artigo mencionado; se é a família composta por pai, mãe e seus descendentes, se é a família biológica compreendida em seu sentido lato ou se é a aquela caracterizada pela existência do elemento afetividade.

A relevância da discussão se dá não apenas pela necessidade de se inserir no direito infanto-juvenil o debate acerca da importância do afeto para a caracterização de família, mas, sobretudo, pelo número imenso de demandas nas Varas da Infância e da Juventude do País em que se discute a possibilidade da proteção jurídica dos interesses da família biológica, principalmente quando a caracterização do elemento afetivo independe da vontade do familiar.

Isto é, alimenta-se fartamente, na prática, a contenda acerca dos direitos da família biológica, de modo que a controvérsia aqui posta não se restringe a elucubrações destituídas de sentido empírico.

Tendo isso em mente, o presente estudo tem por objetivo inquirir qual é a visão de família descrita na legislação infanto-juvenil e, mais especificamente, esclarecer se na hipótese de não haver possibilidade de manutenção da criança na família natural² a família biológica possui preferência em assumir os cuidados da criança, mesmo quando não há relações de afinidade ou afetividade constituídas. Ou seja, esta monografia tem a finalidade de compreender se os interesses da família biológica comportam proteção nos casos de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Para tanto, o ensaio foi dividido em três segmentos.

Primeiramente, buscar-se-á tecer, sem a pretensão de esgotar o tema, breves considerações acerca da família contemporânea, a fim de compreender de que forma o afeto foi incorporado ao Direito de Família, a tal ponto de hoje ocupar papel central na caracterização das relações familiares.

Em um segundo momento, o estudo tratará dos princípios que regem o direito infanto-juvenil, com o fito de desenvolver um parâmetro hermenêutico apto a esclarecer o sentido constitucional das regras que disciplinam a colocação de crianças e adolescentes em família substituta. Notadamente, o princípio do superior interesse da criança e o princípio da prevalência da família.

² Entendida aqui como aquela formada pelos pais e seus descendentes, nos termos do *caput* do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, tendo por base as conclusões alcançadas nos tópicos precedentes, a terceira parte desta monografia investigará de que forma o direito brasileiro disciplina a colocação de crianças e adolescentes em família substituta e se essa normativa admite também a proteção dos interesses da família biológica, entendida, neste estudo, como aquela que possui vínculos consanguíneos com a crianças ou o adolescente, mas não mantém com ele qualquer vínculo de afinidade ou afetividade.

1 A CONCRETIZAÇÃO DO AFETO COMO ELEMENTO NUCLEAR DA FAMÍLIA: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

O ponto de partida desta monografia consiste em estudar, sob uma perspectiva histórica, de que forma a legislação nacional do século XIX e início do século XX disciplinava as relações familiares, para, em seguida, investigar a transformação da compreensão de família levada a efeito pela Constituição Federal de 1988, perquirindo, principalmente, qual papel deve assumir o afeto na aplicação das regras de direito de família e, mais especificamente, de direito infanto-juvenil aos casos concretos.

Conforme ensina Gustavo Tepedino, a família, em que pese inerente à noção de humanidade e, portanto, estável no tempo, está sujeita a mudanças que ocorrem no contexto social e que são capazes de alterar suas características adjetivas sem, todavia, mudar a essência do que se considera uma entidade familiar.³ O Direito, em que pese tente acompanhar essas rápidas mudanças, nem sempre é capaz de atender às necessidades existenciais que surgem a partir desses modelos sociais, criados a partir de “*novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei*”.⁴

As dificuldades da percepção pelo Direito dessas novas formas de relações sociais são sentidas de forma bastante intensa na atualidade, como, por exemplo, na questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, nas hipóteses de filiação por inseminação artificial heteróloga ou na coexistência entre paternidade biológica e socioafetiva. Mais especificamente, tangendo o tema desta monografia, a disciplina da colocação de crianças e adolescentes em família substituta é compreendida com dificuldade pelo sistema jurídico, que ainda trata com bastante resistência a aplicação do princípio da igualdade entre o parentesco biológico e o afetivo.

Daí a importância do exame que se levará a efeito a seguir, já que a análise das alterações da configuração da família ao longo do tempo permite ao intérprete do direito compreender que a família não é um instituto imutável e, sedimentando esse entendimento, auxilia na aceitação do afeto como o paradigma adotado no

³ TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371/372.

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

direito de família após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como na valorização da família como instrumento para a concretização da felicidade dos indivíduos que dela fazem parte e na aceitação do princípio igualdade entre as instituições familiares fundadas em vínculos biológicos e afetivos.

No Brasil, fortemente influenciada pelo modelo oitocentista europeu, a disciplina jurídica do instituto no Código Civil de 1916 é consequência da transformação histórica da família ocorrida no país no século XIX, quando o elemento patrimonial foi erigido como categoria privilegiada para a proteção da família burguesa da época, que tinha como função principal a transmissão de *status* e de patrimônio.⁵

Naquele período, a família assumia uma estrutura hierarquizada e patriarcal, que legitimava o exercício de poderes do homem sobre a mulher e os filhos. Adotava, ademais, um caráter transpessoal, na justa medida em que era valorizada além e apesar dos indivíduos que a constituíam. Vale dizer, as pessoas existiam para a família e não a família para satisfazer aos interesses das pessoas.

Por consequência, o instituto foi afastado da realidade empírica, consubstanciando-se como uma organização abstrata, autônoma, com um regramento jurídico bastante rígido e pouco preocupado com as aspirações pessoais de seus membros. O afeto ocupava um espaço secundário nessa estrutura, já que a função principal, como dito acima, era conferir segurança jurídica para a transmissão de patrimônio. Tanto assim que, como demonstra Paulo Lôbo, o Código Civil de 1916 possuía 290 artigos destinados ao direito de família, dos quais 151 disciplinavam relações patrimoniais e apenas 139 relações de cunho pessoal.⁶

As relações de filiação e de parentesco eram fundadas, primordialmente, em bases notariais e genéticas⁷, tendo em vista que o regramento da presunção de paternidade e o tratamento desigual entre os filhos legítimos e ilegítimos era

⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 319.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁷ “No direito, a verdade biológica converteu-se na ‘verdade real’ da filiação em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, 2003, Vol. 5, nº 19, p. 133/134.

bastante rígido e desconsiderava as relações socioafetivas existentes no mundo dos fatos.

Ao longo do século XX, todavia, conforme sustenta Carlos Eduardo Pianovski, algumas transformações sociais, como a emancipação da mulher e o reconhecimento de direitos das minorias, influenciaram na mudança do perfil jurídico do instituto.⁸

Em outras palavras, houve a transformação de uma família que era pensada com base em seu caráter político e econômico – voltada para si mesma, institucionalizada, “*centrada na estabilidade do ente familiar*”⁹ - para uma família que tem por função a concretização da felicidade dos indivíduos que dela fazem parte. Segundo o autor acima mencionado:

A passagem da família-totalidade que se sobrepunha aos seus componentes para a família-feixe de relações que coloca as aspirações coexistenciais dos seus componentes acima do ‘todo’ institucional – e que é apreendida normativamente, sobretudo pelo tratamento constitucionalmente oferecido a essas relações – modifica o destino das próprias prestações funcionais que se espera da família.¹⁰

Acerca da transformação da família do modelo de família do século XIX e início do Século XX, veja-se a exposição da historiadora Michelle Perrot:

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor.¹¹

Em que pese o Código Civil de 2002, de forma anacrônica, ainda discipline de maneira exaustiva os efeitos patrimoniais da família, relegando a segundo plano sua

⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 322.

⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*, cit., p. 3324/325.

¹⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*, cit., p. 322.

¹¹ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. In: Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

dimensão existencial, a aplicação dos princípios e regras positivados pela Constituição Federal de 1988 acerca do tema permite compreender que, na medida em que o instituto serve como base para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária e, mais ainda, como instrumento para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o elemento da afetividade deve ser colocado no centro da compreensão jurídica das relações familiares.¹²

A propósito, é interessante notar, nos termos da lição de Paulo Lôbo, que o que importa para o direito não é o afeto enquanto fato social, mas sim as relações sociais baseadas em condutas de natureza afetiva que merecem a incidência de normas jurídicas.¹³

Sob o viés do Direito Constitucional, é possível afirmar ainda que o regramento jurídico da família contemporânea tem como texto normativo identificador o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que positiva o princípio da solidariedade.¹⁴ Afirma-se, nesse sentido, que o princípio contrapõe-se ao individualismo da sociedade moderna e fundamenta o fenômeno da repersonalização das relações familiares, já que reconhece a existência da pessoa na medida em que é e se relaciona com outras pessoas e não na medida em que é proprietária de determinados bens.

Com efeito, esse entendimento leva à conclusão de que a família contemporânea está assentada em valores tais como dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade e a cooperação. Não há mais espaço para aquela estrutura familiar rígida construída ao longo dos séculos XIX e XX, que centralizava a realidade biológica em detrimento da realidade fática, na medida em que a concretude do exercício cotidiano das relações de afeto adquire proteção jurídica.¹⁵

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando

¹² LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24/26.

¹³ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

¹⁵ “A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos”. In: LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração quer da conjugalidade, quer da parentalidade [...]. Nos dias de hoje o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.¹⁶

No que tange às relações de filiação e parentesco, mais especificamente, o elemento da afetividade veio para ocupar o espaço outrora conferido aos vínculos biológicos. Não que estes tenham perdido importância, mas o sistema jurídico atual conferiu valor também à maternidade ou paternidade constituídas com fundamento em relações de afinidade e afetividade, já que, como dito acima, a realidade social passa a adquirir significado para o direito de família contemporâneo, contrapondo-se à abstração de outrora.¹⁷

É de se ressaltar, ademais, que muito além de erigir o afeto como elemento nuclear da família contemporânea, o Diploma Constitucional logrou normatizar a igualdade nas relações entre os membros da família e também a igualdade entre os núcleos familiares plurais. Dessa sorte, as relações de parentesco fundadas em vínculos biológicos são colocadas em pé de igualdade com aquelas que têm por base laços afetivos.¹⁸ De modo que é constitucionalmente válido o argumento de que a família consanguínea não possui prevalência sobre a família constituída na realidade fática, através práticas cotidianas de amor, amizade e solidariedade. A esse respeito, Paulo Lôbo leciona:

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí, é de se

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

¹⁷ “Em suma, paradoxalmente, nas vésperas de um novo milênio, a poderosíssima prova do DNA, em muitos casos, pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, nos aludidos casos, não é a verdade do sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimento, dos brados da alma e dos apelos do coração” VELOSO, Zeno. *A sacralização do DNA na investigação de paternidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 389.

¹⁸ Ou “homoafetividade”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. In: STF, ADI 4277, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011.

repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre o outro.¹⁹

Note-se, aliás, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de nº 4277 e da ação de descumprimento de preceito fundamental de nº 132, reiterou o entendimento de que na concretização das relações familiares o afeto ocupa papel central. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradoras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”). Que termina sendo o alcance de uma formar superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes.²⁰

É preciso reconhecer, nesses termos, que a disciplina jurídica das relações familiares, na forma como posta no direito atual, tem a função principal de concretizar os princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, fundamento e objetivos da República Federativa do Brasil.

De toda a exposição levada a efeito neste capítulo, é possível chegar a algumas conclusões parciais. Primeiro, verifica-se que a família pós-Constituição Federal de 1988 tem como elemento central o afeto, que decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Em um segundo momento, afere-se que, em virtude da repersonalização das relações familiares, o instituto aqui estudado possui como principal função a concretização da felicidade de cada um

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, 2003, Vol. 5, nº 19, p. 134.

²⁰ STF, ADI 4277, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011.

dos indivíduos que o constitui, perdendo a característica da transpessoalidade, tão valorizada no direito moderno. Por fim, e em consequência dos pontos assinalados anteriormente, conclui-se que o sistema atual positivou a igualdade entre a família biológica e aquela constituída com base em vínculos afetivos, isto é, ambas possuem o mesmo *status* legal e, portanto, merecem proteção equânime.

No campo do direito infanto-juvenil essas conclusões adquirem especial relevância, sobretudo quando se pretende disciplinar a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, vez que não raras vezes a própria norma coloca o afeto como elemento central para a configuração de determinadas relações jurídicas, como se verá a seguir.

2 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO INFANTO-JUVENIL

Dentre as normas que compõem o direito de família e, mais propriamente, o direito infanto-juvenil, é possível individualizar inúmeros princípios²¹ que sevem não apenas como parâmetro hermenêutico apto a dar concretude às demais regras, mas também como importante alicerce desses campos do direito. Para a compreensão do presente estudo, todavia, dois deles adquirem especial relevância. São eles o princípio da prevalência da família e o princípio do superior interesse da criança, que serão analisados na sequência.

2.1 O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA

Convivência familiar, na definição de Paulo Lôbo, é “*a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum*”.²²

Dispõe o artigo 100, parágrafo único, inciso X, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, na aplicação das medidas protetivas, deve-se atender ao princípio da prevalência da família, mantendo-se, sempre que possível, a criança na sua família natural ou extensa, ou então, em não sendo possível, promovendo sua integração em família substituta.

Porém, muito mais importantes que a legislação infraconstitucional, duas outras normas disciplinam o referido princípio. O artigo 227 da Constituição Federal firma o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária²³ e a Convenção Internacional

²¹ Anote-se que a definição de princípio adotada por esta obra é aquela construída pelo professor Bandeira de Mello, para quem princípio é “*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligências exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*”, In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 817/818.

²² LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

²³ “Sabido que lugar de crianças e adolescente não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o

sobre os Direitos das Crianças reconhece que “*a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão*”.

Pois bem.

Como se vê, nenhuma das normas acima mencionadas faz referência a um instituto intitulado “família biológica”, denotando a falta de importância que esse conceito tem para a aplicação das normas de direito infanto-juvenil quando desacompanhado dos elementos de afinidade e afetividade.

Muito menos ainda é possível compreender que o mencionado princípio cria uma espécie de hierarquia intransponível entre as famílias fundadas em laços consanguíneos e a família substituta compreendida em seu sentido estrito, isto é, aquela família que não possui qualquer vínculo biológico com a criança ou o adolescente.

É legítimo compreender, contrário senso, que a proteção da família natural e extensa se justifica na medida em que a lei presume existir, entre os seus membros, relações caracterizadas pelo elemento da afinidade e da afetividade. Tanto é assim que, na ausência desses elementos, a legislação descarta a caracterização de família extensa e, em casos extremos, admite a destituição do poder familiar, com a finalidade de desconstituir a família natural.

Não há, dessa sorte, qualquer proteção da família biológica fundada meramente na consanguinidade. A biologia apenas é relevante juridicamente quando se realiza na forma de relações de carinho, amor, compreensão e comunhão entre os indivíduos membros do núcleo familiar.

Nessa esteira, diz-se que o princípio da prevalência da família não é capaz de justificar, por si só, a manutenção do infante na família biológica, independente da caracterização do elemento afeto. Vale dizer, o que a norma busca proteger não é a preservação da criança na família biológica, mas sim a manutenção em um núcleo familiar que enseje seu desenvolvimento saudável. É esse o entendimento de Sérgio Luiz Kreuz, que discorre sobre o tema nos seguintes termos:

relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinentes às crianças e aos adolescentes”. In: STF, ADI 4277, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011.

O direito constitucional da criança à convivência familiar não se restringe à família biológica. O princípio constitucional, em momento algum, se limita a garantir o direito da criança de ser criada e educada na sua família biológica, embora esta tenha preferência.²⁴

Assim, quando o *caput* do artigo 19 da Lei de nº 8.069/1990 prescreve que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio de sua família e o §3º do mesmo artigo determina que a reintegração do infante à família tenha preferência em relação a qualquer outra providência, não significa, como sustenta parte da doutrina²⁵, que a lei dificulte a adoção ou que prestigie as relações de parentesco fundadas na consanguinidade.

Efetuando-se uma interpretação sistemática das normas que disciplinam o tema, verifica-se que, na verdade, o princípio tem por objetivo garantir que crianças e adolescentes cresçam inseridos em uma família e, prioritariamente, em uma família constituída por relações de amor, carinho, afeto, compreensão.²⁶

Isso porque, como se observou na explanação levada a efeito no capítulo anterior, uma das inovações trazidas pelo Constituição Federal ao direito de família e ao direito infanto-juvenil foi a positivação do princípio da igualdade nas relações familiares. Desse modo, indefensável o argumento de que a família biológica possui forte prevalência quando da colocação de crianças em família substituta. Se a norma constitucional veda a discriminação entre os vínculos familiares consanguíneos e afetivos, a hierarquia apenas se legitima quando, muito além da biologia, relações de afeto estiverem constituídas.

Como dito acima, é a família natural e a família extensa - ambas formadas também com fundamento em vínculos afetivos – que gozam de proteção especial da legislação infanto-juvenil e que, portanto, possuem primazia para acolher a criança ou o adolescente.

²⁴ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77.

²⁵ “Por trás dessa exigência imposta pela Lei 12.010/09, de persecução da inserção da criança/adolescente em família biológica, a partir de ações da instituição de acolhimento e de políticas públicas do Estado, existe o que se considera a glorificação dos laços de consanguinidade em detrimento dos vínculos de socioafetividade”, In: SOUSA, Walter Gomes de. *A Nova Lei da Adoção e seus Efeitos*. In: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/a-nova-lei-da-adoacao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>, acesso e 22 de setembro de 2013.

²⁶ “Dentre todos os direitos elencados na disposição constitucional, o direito da criança a ter uma família organizada, estruturada, afetuosa harmônica certamente será a garantia de que os demais direitos lhe serão respeitados”, In: KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66.

Diante do exposto, é legítimo defender que o princípio tratado nesta seção não sustenta a manutenção da criança apenas na família biológica, mas tão-somente endossa a ideia de que todas as medidas aplicadas ao caso devem ter em mente a necessidade de que a criança seja inserida em uma família, de modo a fazer parte de uma entidade familiar interpretada de forma abrangente, isto é, tanto a família com vínculos consanguíneos quanto aquela formada apenas com base em laços de afeto.

2.2 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Assim como o princípio estudado no tópico anterior, a norma de que trata esta seção está positivada em diversos diplomas normativos. Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 100, parágrafo único, inciso IV, como o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelecem que a aplicação do direito infanto-juvenil deve atender, com prioridade, os interesses das crianças e dos adolescentes.

A Lei de nº 8.069/1990 vai mais além e prescreve que esse superior interesse deve ser atendido “*sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto*” (artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O artigo 6º do mesmo diploma normativo, ademais, determina que na aplicação da lei se leve em conta “*os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*”.

Isso significa, como bem ressalta Neto Lôbo, que a criança não é mais vista pelo ordenamento jurídico como um objeto, como ocorria anteriormente ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando o infante estava submetido à autoridade paterna. Implica, isso sim, que os infantes são concebidos como sujeitos de direito, “*como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como*

mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os ‘menores’.²⁷

Sérgio Luiz Kreuz sustenta que a norma tratada neste tópico não serve apenas como parâmetro interpretativo para o magistrado, mas deve guiar o administrador na concretização de políticas públicas.²⁸ A respeito desse princípio, no que toca a colocação em família substituta, o doutrinado discorre:

Assim, no plano do direito à convivência familiar, por exemplo, as disputas de guarda de filhos, entre os pais, com a família extensa, colocação em família substituta [...] a decisão deve estar voltada para a solução que atende a seus [da criança] interesses e não aos dos adultos, dos seus responsáveis. A solução deve levar em consideração não somente o interesse imediato, mas principalmente seu futuro. [...] No plano da convivência familiar pode ser necessário decidir entre um dos pais, entre um ou outro familiar (avós, tios, etc.) ou até mesmo sua colocação em família substituta. A manutenção da criança no seio da família biológica ou sua retirada deve ser pautada pelo prisma do seu melhor interesse. O interesse a ser priorizado, portanto, é o da criança, que pode ser totalmente contrário ao dos seus pais ou demais familiares.²⁹

A crítica que se faz aos dispositivos aqui estudados é que, por não possuírem conteúdo bem esclarecido, permitem que o aplicador do direito entenda, no caso concreto, o que significa o melhor interesse da criança de acordo com sua própria consciência, deixando margens para abusos.

Esse julgamento não merece guarida. Veja-se que o princípio condiciona o melhor interesse ao atendimento das determinações legais. Isto é, o jurista tem a faculdade de decidir o que é o melhor interesse daquele infante no caso específico, mas a solução para a contenda não pode violar o ordenamento jurídico. Nesse sentido, importante transcrever o trecho trabalhado por Sergio Luiz Kreuz, citando João Batista Costa Saraiva:

João Batista Costa Saraiva observa que a aplicação ilimitada do princípio pode servir como fundamento de decisões totalmente à margem dos direitos expressamente reconhecidos à criança e ao adolescente, desprezando-se integralmente a sua vontade. Por isso, esclarece que a interpretação deve levar em consideração as demais garantias constitucionais e processuais,

²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

²⁸ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73.

²⁹ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74/75.

sob pena de ressuscitar a velha doutrina da proteção irregular, travestida de nova, sob o argumento do melhor interesse da criança.³⁰

Os Tribunais, por seu turno, têm aplicado o princípio do superior interesse da criança profusamente para justificar a relativização não só de direitos da família biológica e da família extensa, mas também de casais habilitados para adoção nas Varas da Infância do País. Veja-se:

Ementa: Direito de Família. Recurso especial. Pedido de guarda de menor formulado pelo pai em face da mãe. Melhores condições. Prevalência do interesse da criança.

- Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor.

- Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.

- Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna.

- Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.

- Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentido mais completo alcançável.

- Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 916.350/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008)

Ementa: MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AFASTAMENTO DAS SÚMULAS Nº 634 E Nº 635 DO STF. PRECEDENTES.

³⁰ SARAIVA, João Batista *apud* KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74/75

PRESENÇA DOS REQUISITOS DA MEDIDA DE URGÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. REVOGAÇÃO ABRUPTA DA PRORROGAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AOS PAIS ADOTIVOS DESDE O TERCEIRO DIA DE VIDA DA MENOR. INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE SER PROTEGIDA DE SUCESSIVAS MUDANÇAS DE LAR. INERENTE PREJUÍZO EMOCIONAL IMPUTADO AO MENOR.

1. A competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de medida cautelar, objetivando concessão de efeito suspensivo a recurso especial, instaura-se após ultrapassado o juízo de admissibilidade, a cargo do tribunal de origem.

2. A atribuição, em caráter excepcional, de efeito suspensivo a recurso especial, pendente de juízo de admissibilidade, depende da presença cumulativa dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, aliados à teratologia ou à manifesta ilegalidade da decisão.

3. A verificação dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar está relacionada diretamente com a probabilidade de êxito do recurso especial, de modo que conveniente o exame da viabilidade do apelo extremo, ainda que de modo superficial.

4. No caso dos autos, em um exame perfunctório, constata-se a plausibilidade jurídica do recurso especial, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta.

5. Hipótese em que o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional.

6. Medida cautelar procedente.

(MC 20.264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

Ementa: RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.

2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos.

3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art.

50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando".

4.- Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório.

5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança.

6.- alegações preliminar de nulidade rejeitadas.

7.- Recurso Especial provido.

(REsp 1347228/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 20/11/2012)

Para o estudo que se executa neste trabalho, é essencial a compreensão de que o princípio prioriza os interesses das crianças e adolescentes, mas não anula a proteção de outros interesses juridicamente relevantes. Além disso, é necessário que se assente, como exposto acima, que o princípio não é uma norma em branco, que permite ao aplicador do direito atribuir ao caso concreto a solução que lhe seja mais conveniente, mas deve, sim, orientar a aplicação do direito de modo que crianças, tratadas como sujeitos de direitos, sejam o centro da aplicação das normas ao caso concreto, justificando, muitas vezes, a relativização dos interesses dos adultos.

3 O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS MELHORES INTERESSES DA FAMÍLIA EXTENSA

Não é incomum os estudiosos do direito afirmarem³¹⁻³², sem se darem ao trabalho de verificar a validade jurídica da conclusão por eles apregoada, que a legislação brasileira confere à família biológica prioridade para assumir os cuidados de uma criança ou de um adolescente quando os pais não reúnem condições de se responsabilizar pelo filho, por incidirem nas hipóteses legais de perda do poder familiar.

Contudo, a análise mais detida da normativa que rege a matéria permite ao jurista inferir que essas proposições não se sustentam à luz dos princípios do melhor interesse da criança e da prevalência da família.

O objetivo do capítulo é introduzir a discussão a respeito desse tema, revisitando a normativa que dispõe acerca da colocação de crianças e adolescentes em família substituta. Pretende-se, por meio de uma observação cuidadosa dos princípios analisados anteriormente e dos conceitos desenvolvidos pelo legislador nessa matéria, averiguar se há fundamentação jurídica nos ensinamentos expostos no primeiro parágrafo do texto e, mais especificamente, se há espaço para proteção jurídica dos interesses de parentes com os quais a criança não possui vínculo afetivo.

³¹ “Por trás dessa exigência imposta pela Lei 12.010/09, de persecução da inserção da criança/adolescente em família biológica, a partir de ações da instituição de acolhimento e de políticas públicas do Estado, existe o que se considera a glorificação dos laços de consanguinidade em detrimento dos vínculos de socioafetividade”. In: SOUSA, Walter Gomes de. *A Nova Lei da Adoção e seus Efeitos*. In: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/a-nova-lei-da-adoacao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>, acesso e 22 de setembro de 2013.

³² AGRAVO DE INSTRUMENTO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE GUARDA DA CRIANÇA PELA SUA GENITORA PELO PRAZO MÍNIMO DE 30 (TRINTA) DIAS, SEM QUE HAJA A INTERFERÊNCIA DA ENTÃO GUARDIÃ. LAUDO QUE APONTA BOM CONVÍVIO ENTRE A MENOR E SUA FAMÍLIA BIOLÓGICA, FASE ATUAL QUE EXIGE APENAS MERA ADAPTAÇÃO. RESGUARDO AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE SER PRIORITARIAMENTE CRIANDA(O) E EDUCADA(O) NO SEIO DA SUA FAMÍLIA BIOLÓGICA. ART. 19 DA LEI Nº. 12010/09. ART. 227 DA CF/88. APELO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 713.958-0, TJPR, 12ª Câmara Cível. Relator Desembargador Rafael Augusto Cassetari. Julgado em 16 de março de 2011).

3.1 A NORMATIVA QUE REGE A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A colocação de crianças e adolescentes em família substituta é disciplinada pelos artigos 19 a 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações introduzidas pela Lei de nº 12.010/2009.

Conforme previsão do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação de criança em família substituta é medida excepcional, devendo o infante preferencialmente ser mantido no seio de sua família. Quando inviável a permanência na família natural, dispõe a norma que pode ser inserido na família extensa³³ ou em família substituta em sentido estrito, vale dizer, sob a responsabilidade de indivíduos com quem não mantém vínculo de parentesco e laços de afinidade e afetividade.

O artigo 28 do mesmo diploma legal estabelece três formas de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, a saber:

A guarda, que implica o dever de assistência material, moral e educacional da criança ou do adolescente e destina-se à regularização da posse de fato nos procedimentos de tutela e adoção e, excepcionalmente, para atender situações peculiares, suprimindo a falta dos pais ou responsáveis.

A tutela, que também implica o dever de guarda e pressupõe a prévia decretação de perda ou suspensão do poder familiar.

E, por fim, a adoção, que é a modalidade de colocação em família substituta excepcional e irrevogável, devendo ser deferida apenas quando esgotados todos os meios de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 39 da Lei nº 8.069/1990.

Em que pese excepcional e irrevogável, quando não for possível o deferimento de guarda e tutela para a família extensa, a adoção, por atender de forma permanente aos interesses da criança, tem prioridade sobre as outras formas de colocação em família substituta, conforme sustenta Sergio Luiz Kreuz:

³³ Em nosso entender, a lei não deixou claro se a família extensa é um novo tipo familiar ou somente espécie do gênero família substituta. De acordo com o art. 19, do ECA, que permaneceu inalterado, pode-se concluir que se trata da segunda hipótese, ou seja, a família extensa seria uma categoria qualificada de família substituta. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

A adoção tem preferência sobre outras formas de colocação em família substituta como a tutela e a guarda, a não ser quando estas são deferidas em favor da família extensa em que a adoção não seja juridicamente possível, como, por exemplo, com irmãos ou ascendentes. Nas demais situações, a adoção, por significar uma forma permanente e muito mais completa e intensa de inserção familiar, deve ser privilegiada.³⁴

O instituto da adoção possui regramento bastante rígido no direito brasileiro. De acordo com a disciplina legal, a adoção deve obrigatoriamente ser deferida observada a ordem cronológica dos casais habilitados para adoção, salvo quando se tratar de adoção unilateral, quando for formulada por parente com o qual a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou quando o pedido for ajuizado por pessoa que detém a guarda legal de criança maior de três anos, se o tempo de convivência comprovar a existência de laços de afinidade e afetividade.

Vale dizer, as três hipóteses legais que excepcionam a regra que exige a observância da ordem cronológica do cadastro de casais habilitados para adoção têm fundamento na constituição de relações de afeto entre a criança e os adotantes e não admitem que se invoque os laços biológicos para a relativização do preceito.

Em síntese, é válido afirmar que ou é viável a concessão de guarda, tutela ou adoção para a família extensa ou, quando impossível a manutenção da criança na família natural ou ampliada, a adoção é a medida mais adequada a ser aplicada. Neste caso, deve observar a ordem cronológica dos casais habilitados pelo Juízo, salvo quando vínculos de afeto justificarem o deferimento do pedido para indivíduos não cadastrados previamente nas Varas da Infância e da Juventude.

3.2 A DEFINIÇÃO LEGAL DE FAMÍLIA EXTENSA

O Estatuto da Criança e do Adolescente define família extensa no artigo 25, parágrafo único, como o conjunto de “*parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*”. São três, portanto, os requisitos para a caracterização do instituto, a saber, a convivência, a relação de parentesco e a existência de vínculos de afinidade e afetividade.

³⁴ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 122.

O parentesco, nas palavras de Paulo Lôbo, “*é relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei*”³⁵. Mais do que isso, segundo Sergio Luiz Kreuz, “*para ser família ampliada, não basta ser parente. É preciso ser parente próximo, como os avós, os irmãos e os tios. Excluem-se, portanto, familiares distantes, como primos, tios dos genitores, etc.*”³⁶.

A convivência, por seu turno, caracteriza-se por “*viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade*”³⁷.

Já a os vínculos de afinidade e afetividade são definidos pela doutrina nos seguintes termos:

Afinidade é a tendência a combinar-se, a coincidência ou semelhança de gostos, interesses e sentimentos que tornam a convivência possível e agradável.

Afetividade é a capacidade de ser afetado pelo outro, comportamental, emocional e cognitivamente; de reagir e interagir. O adulto, por outro lado, precisa ser capaz de suportar as demandas e flutuações dos afetos, emoções e sentimentos de prazer ou de dor da criança ou do adolescente de modo a poder propiciar seu sadio desenvolvimento. Tratando-se de conceito técnico, necessária a avaliação de profissional capacitado.³⁸

Note-se, dessa sorte, que o atributo biológico é coadjuvante na determinação do conceito, que claramente prioriza os vínculos socioafetivos em detrimento dos genéticos. E não é só. Muito além de existir vínculo de afinidade e afetividade, a interpretação da lei permite compreender que é necessário existir convivência entre os indivíduos e que o vínculo deve se dar da criança com relação ao adulto. Isto é, não basta que o parente tenha laços de afinidade e afetividade, esses laços devem ser constituídos da criança com relação aos familiares, e não o contrário.

Releva observar, ainda a respeito do tema, acerca da natureza jurídica do instituto. Isto é, se a lei dispõe acerca de duas espécies de família, a natural e a substituta, é pertinente questionar se família extensa é um gênero autônomo de família, se faz parte da família natural ou se pode ser classificada como uma espécie

³⁵ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

³⁶ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 120.

³⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda *apud* KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 120.

³⁸ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

de família substituta. Acerca da contenda, dois doutrinadores citados por Sergio Luiz Kreuz defendem este último posicionamento.

Eduardo Félix da Cruz sustenta que a lei não esclarece acerca da natureza jurídica da família extensa, restando dúvidas se é uma espécie de família substituta ou um novo gênero de família. Afirma o autor, todavia, que como o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente não foi alterado pela Lei de nº 12.010/2009, não se pode classificar a família ampliada como uma nova categoria, de forma que deve ser compreendida como “*uma categoria qualificada de família substituta*”.³⁹

Também Sávio Bittencourt se posiciona no mesmo sentido, discorrendo que existe um núcleo familiar básico que é formado pelos genitores e que, havendo necessidade de afastamento da criança desse núcleo, procede-se à sua colocação em família substituta, seja sob a guarda da família extensa ou sob os cuidados de indivíduos que não possuem relação de parentesco com o infante, caso não existam familiares com vínculos de afinidade e afetividade constituídos com relação à criança.⁴⁰

Com base nesses argumentos, adota-se a tese de que família extensa é uma modalidade do gênero família substituta e, portanto, quando o artigo 19 da Lei de nº 8.069/1990 disciplina que a criança tem o direito de ser mantida na sua família, o dispositivo se refere à família natural. Apenas caso os genitores não tenham condições de assumir os cuidados da prole o infante poderá ser colocado em família substituta, que pode ser tanto a família extensa como outros indivíduos sem vínculos biológicos com a criança.

³⁹ “Em nosso entender, a lei não deixou claro se a família extensa é um novo tipo familiar ou somente espécie do gênero família substituta. De acordo com o art. 19, do ECA, que permaneceu inalterado, pode-se concluir que se trata da segunda hipótese, ou seja, a família extensa seria uma categoria qualificada de família substituta.

[...]

“Como se pode observar, o artigo não foi alterado para se substituir a expressão ‘excepcionalmente, em família substituta’ por ‘excepcionalmente, em família extensa ou substituta’, para qualificá-lo como uma categoria autônoma de tipo familiar. Contudo, a despeito de eventual incerteza quanto a melhor classificação jurídica de família extensa, dúvidas não há sobre os graus de preferência estabelecidos pela nova legislação”, In: KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 118.

⁴⁰ “Com efeito, a natureza jurídica desta família extensa é exatamente de família substituta, já que o núcleo familiar legal básico é formado pelos genitores, que recebem as obrigações inerentes ao poder familiar. No momento em que a criança é afastada de seus genitores, é necessário que se defira a alguém sua guarda legal, ainda que provisória. Neste caso, existindo algum parente com quem a criança tenha vínculos de afinidade e afetividade, estes requisitos é que justificam a aplicação da medida de acolhimento por esta família extensa”, In: KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 119.

Note-se, dessa sorte, que, como visto acima, três são os requisitos para a caracterização de família extensa, que é uma espécie de colocação em família substituta. Existindo o parentesco próximo, a convivência e vínculos de afinidade e afetividade, a família possui, nos termos do artigo 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevalência para acolher o infante, quando os pais não conseguirem garantir a observância de todos os direitos fundamentais dos filhos. Quando, todavia, os três requisitos acima não estiverem preenchidos, deve-se proceder a uma análise cuidadosa acerca da prioridade para colocação em família substituta, evitando proteger os laços consanguíneos por si mesmos, esquecendo-se do princípio do melhor interesse da criança. É o que se buscará fazer no tópico seguinte.

3.3 A VALIDADE JURÍDICA DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES DA FAMÍLIA BIOLÓGICA

É oportuno esclarecer, com base nas conclusões traçadas nos tópicos anteriores, que, claramente, ao contrário do que muitos autores sustentam, a legislação prioriza, quando disciplina a colocação em família substituta, o afeto em detrimento dos laços consanguíneos. Isso se dá em virtude da mudança de paradigma levada a efeito pela Constituição Federal de 1988, na forma como se ilustrou na primeira parte deste ensaio.

Quando o artigo 39, §1º, estabelece que a adoção só pode ocorrer quando não for possível manter a criança ou o adolescente na família natural ou extensa, não faz qualquer menção aos indivíduos que possuem laço biológico com o infante, mas que não mantêm com ele qualquer vínculo afetivo. É aí que se encontra o cerne da discussão elaborada nesta monografia, já que não há qualquer dispositivo na legislação nacional para valorize a consanguinidade por si mesma, mas a reconhece apenas na medida em que a biologia é capaz de estabelecer relações de afeto.

Nas Varas da Infância e da Juventude do País, o debate acerca da proteção dos interesses da família biológica é bastante corriqueiro. Quando, por exemplo, uma avó ajuíza ação de guarda em benefício do neto recém-nascido, obviamente a criança não possui qualquer vínculo de afinidade ou afetividade com a progenitora e,

portanto, a postulante não se enquadra no conceito de família extensa. Nesse caso, é válido o questionamento acerca da inserção do infante na família consanguínea, fundado apenas em critérios biológicos, já que sua colocação em família substituta observando o cadastro de adotantes do Juízo também parece ser uma solução juridicamente adequada.

A jurisprudência vem albergando esse entendimento, conforme se pode observar no conteúdo dos julgados transcritos a seguir:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E POSSE DEFINITIVA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

[...]

GUARDA. DEMANDANTES QUE NUNCA TIVERAM A GUARDA DA CRIANÇA, ABRIGADA EM INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO DESDE A MAIS TENRA INFÂNCIA. LAÇOS AFETIVOS NÃO CONSOLIDADOS. SUPOSTO PARENTESCO COM A MENOR. VÍNCULO LONGÍNQUO, INCAPAZ DE SER ENQUADRADO NO CONCEITO DE FAMÍLIA EXTENSA. MANIFESTA INTENÇÃO DE ADOTAR A CRIANÇA. BURLA AO SISTEMA CADASTRAL DE ADOÇÃO - "CUIDA". MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA MANTIDA.

Em respeito ao cadastro de pretendentes à adoção e à luz do melhor interesse da criança, deve ser rejeitado o pedido do casal que, interessado na adoção da infante, não mantém com ela nenhum laço afetivo, pretende obter a sua guarda e/ou tutela, sob o argumento de possuir um parentesco distante com a menor, inclusive sequer se enquadrando no conceito de família extensa.

RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 2010.022973-1, TJSC, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador João Batista Góes Ulysséa, julgado em 22/08/2013).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA – CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA – NORMA COGENTE – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – PARENTESCO DISTANTE – AUSÊNCIA DE VÍNCULOS AFETIVOS – CRIANÇA ABRIGADA DESDE 2010 – IMPROCEDÊNCIA DA SENTENÇA MANTIDA.

1. Tratando-se de tutela de interesse de jovem, criança ou adolescente, é cogente a aplicação da Convenção Internacional de Direitos da Criança, ratificada por meio do Decreto nº 99.710/1.990.

2. Não havendo demonstração da proximidade de parentesco nem da existência de vínculos afetivos, não há razoabilidade na concessão da guarda aos Requerentes.

Recurso conhecido e não provido.

(Apelação Cível nº 996.933-3, TJPR. Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 08/05/2013).

Adotando por fundamento os princípios do melhor interesse da criança e da prevalência da família, considerando os requisitos necessários para a caracterização de família extensa, frequentemente a colocação da criança sob os cuidados de

terceiro é solução muito mais adequada do que a manutenção do infante aos cuidados da família biológica, posto que não é incomum avós idosos, com graves problemas de saúde, e que ao longo da vida perderam mais de um filho para o *crack*, comparecerem à Vara da Infância e da Juventude para requerer a guarda do neto, que nunca conheceram e que nem sabem de que forma vão tomar conta.

Como a norma acima citada não visa à proteção dos interesses dos familiares, mas ao melhor interesse da criança de ser criada em uma família, a decisão acerca da melhor medida a ser aplicada nesses casos não pode levar em conta apenas a variável da consanguinidade. Nesta linha, convém citar os apontamentos de Sergio Luiz Kreuz:

A prática tem demonstrado que a solução mais simples, mais fácil é, desde logo, entregar a guarda da criança a algum familiar, o que nem sempre vem no seu interesse. Assim, é mais fácil entregar-se a criança aos avós, embora estes já tenham um passado de abandono, de maus tratos, de negligência em relação aos próprios filhos e, muitas vezes, já se encontram em idade avançada, sem condições de realmente criar e educar os netos. Nestas condições, certamente estar-se-á “resolvendo” um problema de hoje, mas criando outro muito mais grave, no futuro. A solução, sempre, deve ter, como orientação, atender aos interesses superiores da criança e não aos de seus familiares, e parentes e deve ser, preferencialmente, definitiva.⁴¹

É de essencial importância, nessa linha, a disposição do artigo 28, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que “*na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida*”. É incontroverso que o direito da criança não anula o direito dos familiares, conforme se compreende da leitura do artigo 100, parágrafo único, inciso IV, da Lei de nº 8.069/1990. Se, todavia, atribuir-se um peso para cada direito, aquele do qual a criança é titular certamente se sobrepõe ao da família biológica.

Deve haver no caso, portanto, uma espécie de ponderação, a fim de que se possa descortinar a solução que melhor atende aos superiores interesses do infante, mesmo que essa seja a colocação em família substituta na modalidade de adoção.

Com base nas razões acima demonstradas, considerando também que a legislação autoriza a proteção de “*outros interesses legítimos no âmbito da*

⁴¹ KREUZ, Sérgio Luiz. Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

*pluralidade dos interesses presentes no caso concreto*⁴², o que se conclui é que as pretensões dos parentes que não possuem vínculos afetivos constituídos com o infante apenas são albergadas pelo direito caso exista, no plano empírico, uma família constituída entre o conjunto de indivíduos ligados por um fator biológico. Isto é, caso os parentes (avós, pais, filho e netos) formem entre si uma comunidade, caso exista um conjunto de relações jurídicas e de cunho pessoal entre os membros daquela família que justifique a inserção da criança naquele ambiente⁴³

O conjunto de indivíduos ligados pela genética não é uma família. Uma família também não é apenas um amontoado de pessoas vivendo juntas sob o mesmo teto. A família que possui proteção jurídica, na hipótese ora analisada, é a família-comunidade, aquela em que os sujeitos que a constituem semearam entre si laços de afeto, de carinho, que se apoiam mutuamente e fazem prevalecer a solidariedade em detrimento da persecução de metas individuais. Para usar a expressão do campo da assistência social, é a rede, que servirá de apoio para a criança ou o adolescente quando eles precisarem de suporte, por serem pessoas em desenvolvimento.

Assim, no exemplo da criança recém-nascida, que não possui qualquer vínculo afetivo constituído com os avós, é possível concluir que a lei protege sua inserção na família dos progenitores caso haja entre estes e os demais integrantes da família (filhos, tios, primos, etc.) uma relação de convivência e comunhão que torne aquele grupo de pessoas uma família, e não apenas um conjunto de indivíduos ligados entre si por laços biológicos. Nesse exemplo, a biologia é priorizada não pela consanguinidade, mas pela comunidade da qual o infante já faz parte mesmo antes de nascer.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já possui

⁴² Lei de nº 8.069/1990, artigo 100, parágrafo único, inciso IV.

⁴³ “A unidade da família tem um sentido complexo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, nas hipóteses de dissolução do casamento ou separação pessoal. [...] A unidade tem uma própria relevância seja no momento fisiológico seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é ‘material e espiritual’), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida. [...]. A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução. [...]. A comunhão material e espiritual que identifica cada família continua mesmo na presença de eventos que marcam a separação de alguns de SUS componentes: por exemplo, os filhos que prosseguem a convivência com o cônjuge supérstite ou divorciado, sendo este último às vezes casado novamente ou convivente”. In: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 244, 250, 251 e 252.

entendimento de que, nos casos em que a criança foi acolhida logo após o nascimento e, por esse motivo, não constituiu vínculo afetivo com os familiares biológicos, além dos laços consanguíneos o julgador deve analisar no caso concreto a existência de familiares preparados, que demonstrem, além de motivação correta e boa preparação psicossocial, apoio familiar para assumir os cuidados de um infante. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E DESABRIGAMENTO DE MENOR. Não tendo a autora, avó materna da menor, condições de obter a guarda da neta, que está em situação de abrigo desde seu nascimento, e com quem não foi estabelecido qualquer vínculo emocional, impõe-se a improcedência do pedido de guarda. Situação de risco, caracterizada na ausência de apoio familiar à recorrente, que já possui relativa idade e tem sob seus cuidados outras suas netas, além do risco decorrente da reaproximação que o pai biológico poderia fazer à filha, quando já destituído do poder familiar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 70027941608, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator André Luiz Planella Villarinho, julgado em 11/03/2009).

Dessa sorte, quando os genitores do recém-nascido vivem pelas ruas e eles próprios não mantêm qualquer contato com sua família biológica, se não fazem mais parte daquela comunidade familiar fundada na consanguinidade, pois não mantêm qualquer relação de afinidade ou afetividade com os parentes biológicos, não existe família extensa da qual a criança já faça parte e, portanto, não havendo possibilidade de manutenção da criança na família natural, deverá ser encaminhada para colocação em família substituta de acordo com a ordem de casais habilitados pelo Juízo. Nos termos da orientação técnica do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente:

É importante destacar que a reintegração com familiares com os quais a criança e o adolescente não possuam vínculo afetivo deve ser cuidadosamente avaliada, não devendo ser conduzida meramente com base em 'uma supervalorização dos laços consanguíneos'. Nestes casos, deve-se avaliar a possibilidade de construção de vinculações significativas e de aceitação mútua de convívio, para se decidir quanto a melhor alternativa a ser recomendada à autoridade judiciária: reintegração com a família extensa, colocação com pessoa significativa da comunidade ou adoção.⁴⁴

Por certo a discussão acerca da necessária proteção dos interesses da família biológica somente se configura quando a inexistência dos elementos

⁴⁴ BRASIL. Orientações técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. 2 ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009, p. 41.

essenciais da família extensa (afeto, afinidade e convivência) não depende da vontade do familiar, seja porque a criança acabou de nascer, seja porque o parente não tinha conhecimento da existência do infante.

Quando, todavia, a ausência de constituição de vínculo decorre do comportamento negligente e descompromissado do familiar, que mesmo podendo conviver e fazer parte da vida da criança permaneceu afastado de seu convívio, não há que se falar em proteção jurídica de seus interesses. Muito menos ainda se pode admitir que o Poder Judiciário inicie a busca de parentes com os quais a criança ou o adolescente nunca se relacionou, apenas sob o pretexto de dar cumprimento ao princípio da prevalência da família. Como já exposto acima, a referida norma não impõe a prevalência do parentesco biológico a qualquer custo, mas apenas e tão-somente determina como parâmetro para a aplicação de medidas de proteção a manutenção do infante no seio de uma família. A esse respeito, cita-se a lição de Paulo Lôbo:

Condicionar a adoção ao interesse prévio de parentes pode impedir ou limitar a criança de inserir-se em ambiente familiar completo, pois, em vez de contar com pai e (ou) mãe adotivos, acolhido pelo desejo e pelo amor, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.⁴⁵

No mesmo sentido, a doutrina de Sergio Luiz Kreuz:

Perde-se, muitas vezes, um tempo precioso para a criança e adolescente (que, mesmo acolhidos, continuam crescendo) com medidas inúteis, morosas, burocráticas, somente para atender aos interesses dos adultos, que foram os causadores da situação de risco, da negligência, do abandono, de maus tratos etc., em que a criança ou adolescente foi colocado, como, por exemplo, tratamentos para drogadição, extremamente demorados, com resultados imprevisíveis, algumas vezes, sem a adesão regular dos pais. Não se pode perder de vista que o interesse a ser prioritariamente protegido é o da criança e do adolescente e, neste sentido, a jurisdição não é imparcial. Pelo contrário, deve ser parcial, a favor dos interesses da criança, ainda que isso implique contrariar interesses dos adultos.⁴⁶

Se, nos termos expostos acima, a Constituição Federal igualou a família biológica e aquela constituída com base em laços afetivos, proibindo qualquer tipo de discriminação, a proteção do parentesco consanguíneo nas hipóteses de

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, fl. 276/277.

⁴⁶ KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 160.

colocação de criança e adolescente em família substituta apenas se justifica quando, no caso concreto, revelar-se a medida que melhor atende aos interesses do infante. É viável sustentar, logo, que a adequação da medida está mais relacionada com a estrutura familiar na qual o infante será inserido do que na existência de similaridade genética entre os indivíduos, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, e, por esse motivo, a proteção dos interesses jurídicos da família biológica apenas ganha importância quando constituída, empiricamente, uma entidade familiar capaz de assegurar a observância de todos os direitos fundamentais da criança ou do adolescente.

CONCLUSÃO

A problematização que se levou a efeito ao longo da presente monografia teve por escopo ilustrar parte das questões vividas diuturnamente pelas Varas da Infância e da Juventude do País, que não raro se percebem encurraladas diante da divergência estabelecida entre os interesses dos familiares e o melhor interesse da criança.

Como se pôde observar nas questões levantadas acima, a Constituição Federal de 1988 introduziu no direito de família o conceito de socioafetividade, que cobre como um manto todo esse ramo do direito e, mais do que isso, serve como norte para a aplicação das regras relativas aos direitos infanto-juvenis. Além disso, com a constitucionalização do direito de família, igualou-se a tutela das famílias fundadas com base em vínculos biológicos e daquelas que se constituem fundadas em laços de afinidade e afetividade, de modo que ambas merecem proteção jurídica equânime.

O ordenamento prescreve, também, que na aplicação do direito positivo ao caso concreto o intérprete leve em consideração os princípios da prevalência da família e do superior interesse da criança e do adolescente, a fim de atingir os fins sociais a que a Lei de nº 8.069/90 se dirige, o bem comum, a observância dos direitos individuais e coletivos, tendo em mente a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.⁴⁷

Igualmente, é de fundamental relevância perceber que os princípios acima mencionados não são cartas em branco, que dão ao intérprete a faculdade de decidir o caso concreto conforme sua própria consciência. Muito mais rígidos que isso, os princípios limitam a atuação interpretativa, impondo que a solução atenda não só o que determina a lei, mas também seja a melhor aplicação da lei no sentido de manter a criança inserida em uma família e de atender aos seus superiores interesses.

Verifica-se, além disso, que o instituto familiar a que se refere a multicitada norma não é apenas aquele constituído com base em vínculos biológicos, mas

⁴⁷ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

também abarca as famílias fundadas em laços de afeto, solidariedade, respeito e cooperação. Vale dizer, se a regra impõe como objetivo a manutenção da criança em uma família, o princípio da igualdade que rege as relações nesse campo do direito não permite que se faça distinção entre a família consanguínea e a afetiva.

Nesse sentido, quando se analisa as normas que disciplinam a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, verifica-se que a legislação infraconstitucional prioriza a manutenção da criança na família natural. Não sendo isso possível, admite-se sua colocação em família substituta, priorizando, nessa hipótese, a família extensa, isto é, os parentes próximos com os quais o infante mantém laços de afinidade e afetividade, em detrimento de terceiros.

Logo, a questão que ganha relevância é a proteção jurídica dos interesses daqueles parentes próximos com os quais a criança não forjou uma relação socioafetiva, ou seja, que não são caracterizados como familiares extensos.

Conforme restou demonstrado nos tópicos antecedentes, não havendo possibilidade de colocação da criança sob os cuidados da família natural ou extensa na modalidade de guarda, tutela ou adoção, a forma de colocação em família substituta que melhor atende aos seus interesses é a adoção, já que é a única modalidade que resolve de forma definitiva a situação jurídica do infante.

A adoção, todavia, segue regramento bastante rígido, devendo observar a ordem cronológica dos casais habilitados pelas Varas da Infância e da Juventude, exceto quando entre a criança e os pretendentes à adoção houver a constituição de vínculo de afeto que justifique a relativização do preceito.

Dessa sorte, se o Estatuto da Criança e do Adolescente define família extensa como os parentes próximos com os quais a criança convive e mantém laços de afinidade e afetividade, não estando presentes esses elementos, a proteção da família biológica se enfraquece e possibilita-se sua colocação em família substituta sob os cuidados de indivíduos que não possuem com o infante relação de parentesco.

Isso porque não há, nos termos da argumentação exposta acima, qualquer hipótese que autorize a concessão da adoção de criança ou adolescente com base somente na existência de vínculo biológico com o pretendente. Vale dizer, inexistindo convivência, afeto e afinidade, os familiares não possuem, *a priori*, interesse juridicamente protegido em assumir os cuidados do infante.

Isso não impede, todavia, que o ordenamento jurídico atribua alguma proteção aos direitos da família consanguínea, até porque a preservação dos vínculos biológicos pode ser medida benéfica ao desenvolvimento saudável da criança.

Nos casos em que a ausência da constituição de laços de afinidade e afetividade independe da vontade dos parentes – como quando a criança acabou de nascer e, por essa razão, ainda não teve a oportunidade de constituir vínculos consistentes com outras pessoas – é juridicamente adequada a proteção dos interesses da família biológica, desde que aquele grupo de indivíduos ligados entre si por laços de sangue constitua, muito mais do que um conjunto de pessoas, uma família, isto é, uma comunidade onde predominam relações de amor, afeto, suporte, carinho, compreensão.

Assim, é válido afirmar que as pretensões da família biológica admitem proteção no ordenamento nacional, mas que esse suporte não tem por fundamento questões de ordem genética, mas a dimensão social do pertencimento constituído com base em ligações de apoio mútuo, vale dizer, a proteção tem por base a constituição de uma comunidade de pessoas que, unidas, velarão pela observância de todos os direitos fundamentais daquela pessoa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-315.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- KOPPER, Max Guerra. *Adoção à brasileira Existência, efeitos e desconstituição*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Brasília, ano 7, nº 14, jul/dez. de 1999.
- KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11ª. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LÔBO, Paulo. *A repersonalização das relações de família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 24, p. 136-156, 2004.

____. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, 2003, Vol. 5, nº 19.

____. *Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus"*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

____. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michele. *O nó e o ninho*. In: Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SOUSA, Walter Gomes de. *A Nova Lei da Adoção e seus Efeitos*. In: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/a-nova-lei-da-adoacao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>, acesso e 22 de setembro de 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. *A sacralização do DNA na investigação de paternidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.