

2.

A Revisão Histórica da Proteção Principiológica e das Políticas Públicas voltadas para a criança e o adolescente.

2.1

Revisão Histórica da Proteção Principiológica no mundo:

De um modo geral, é no início e no fim do seu tempo existencial que uma pessoa experimenta uma maior vulnerabilidade. Como resposta da consciência humana a essa necessidade especial de proteção na infância, fase da vida em que o ser humano não desfruta ainda de plena capacidade jurídica para atuar e necessita de outras pessoas por intermédio de quem possa exercer seus direitos, formou-se todo um *corpus juris* de direitos humanos das crianças e dos adolescentes, cujo caráter é eminentemente garantista. Mas nem sempre o Direito, ou mesmo a sociedade, reconheceram essa especificidade infantil. Em verdade, a criança só veio a ser criada no século XVIII.

“Na sociedade medieval, o sentimento da infância (...) corresponde à consciência da particularidade infantil, uma particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade de adultos e não se distinguia mais destes.”¹

Não se dispensava qualquer tratamento especial à criança ou ao adolescente. Misturados aos adultos, eles aprendiam a vida e os ofícios através da prática, e mesmo o vínculo afetivo mantido entre eles e suas famílias era bastante tênue. Eles não tinham um papel marcante na família, sendo mais uma realidade moral e social que sentimental. Isto é bastante compreensível quando se considera que a criança era separada bastante precocemente da família, sendo entregue aos cuidados de outra família ou de um mestre, para que fosse instruída, e só retornando ao lar já adulta, pronta para se casar e constituir a própria família.

Os filhos, assim, valiam mais para os pais pela contribuição que pudessem dar para a prosperidade do patrimônio e para a honra do nome da família do que

¹ ARIÈS, Philippe. História social da criança e da família. Rio de Janeiro, RJ: Zahar Editores, 1981, p.79.

por qualquer sentimento existencial mais profundo, que não chegava a se desenvolver entre eles da forma como hoje em geral acontece.

A partir do século XV, na Europa, com o surgimento da escola, a criança da nascente burguesia passa a permanecer mais tempo junto a sua própria família, recebendo mais atenção dos próprios pais. A enorme sociabilidade que existia na época, entretanto, ainda atrapalhava o desenvolvimento de uma intimidade familiar - conceito inexistente numa época em que sequer o indivíduo e a individualidade haviam sido produzidos ainda. Só a partir do século XVIII, é que antigos hábitos passam a ser substituídos: a família se separa um pouco do mundo e surge uma maior privacidade nas casas, o que possibilita uma maior aproximação entre pais e filhos e a formação de um vínculo afetivo que anteriormente não existia, bem como o decorrente aparecimento do sentimento pela infância. Só então a energia da família volta-se para a promoção das crianças e para os cuidados com sua saúde e educação. Os pais começam a se preocupar com temas como o futuro e a carreira de seus filhos.²

Também no contexto histórico-social brasileiro³, a criança não possuía um papel relevante na família. No sistema colonial, o filho ocupava uma posição secundária. O pai era o centro da vida familiar e não tinha qualquer compromisso com o filho, nem precisava dar-lhe qualquer manifestação de afeto. Os castigos físicos que lhe impungia eram comumente brutais. Ele era para os filhos como um patrão e um protetor.

Até o surgimento do movimento higienista, que, a partir do século XIX, como parte de suas estratégias de poder, incutiu nas famílias a preocupação com a saúde e educação das crianças que antes inexistia, o pai era o todo-poderoso, com direitos de vida e de morte sobre os filhos, a quem podia castigar, internar, deserdar, e tratar como bem lhe conviesse. Foram os médicos higienistas que, dando-se conta de que esta situação precisava ser alterada para atenuar o índice de morte infantil - e que, a partir da crítica às famílias, poderiam ampliar o próprio poder -, começaram a propor modificações no tratamento que era normalmente dispensado às crianças no interior da família. Isto acabou contribuindo para que a criança conseguisse um espaço inédito na história social.

2 ARIÉS, Philippe. História social da criança e da família. Rio de Janeiro, RJ: Zahar Editores, 1981.

3 COSTA, Jurandir Freire Ordem médica e norma familiar

Após a invenção da infância e a conquista do seu espaço, o *Princípio do Melhor Interesse da Criança* passou a nortear tratados e convenções humanitárias e a orientar decisões jurisprudenciais em todo o mundo.

Sua origem mais remota vincula-se ao instituto do *parens patriae*, da Inglaterra, pelo qual se procurava proteger não apenas as crianças e os adolescentes, mas também loucos, débeis e todas as pessoas incapazes, que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses.⁴ Consistia o instituto em uma prerrogativa do rei de proteger aqueles que não o podiam fazer em causa própria, desempenhando assim uma função tradicional do Estado como guardião dos incapazes, responsabilidade esta que foi delegada ao chanceler a partir do século XIV.

Na Inglaterra do século XVIII, já se distinguiam as atribuições do *parens patriae* para proteção infantil daquelas atribuições para proteção de outros incapazes - como os loucos, por exemplo. A criança costumava a ser considerada uma coisa pertencente ao pai, e ele tinha total preferência no estabelecimento da guarda, pouco importando as conseqüências que esta determinação trouxesse. Apesar de alguns julgados, desde aquela época, já deliberarem que o bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de seus pais, reconhecendo a primazia do seu interesse e do que fosse mais próprio para ela, este princípio só se tornou efetivo na Inglaterra, em 1836, sendo particularmente relevante nas decisões a respeito da guarda.⁵

Em 1813, o princípio do *the best interest of the child* foi também introduzido nos Estados Unidos, em um caso (*Commonwealth versus Addicks*) onde o Tribunal concedeu a guarda à mãe adúltera, por considerar ser do melhor interesse da criança, em razão de sua pouca idade, permanecer sob os cuidados, carinhos e atenções maternos, não tendo a conduta da mulher para com o marido nenhuma relação com seu papel como mãe. Passava então a vigorar a presunção da preferência materna no estabelecimento da guarda, sobretudo quando a criança era ainda muito nova e dependente (*Tender Years Doctrine*).

Neste caso, a mãe só perdia o direito de guarda se ficasse cabalmente demonstrado o seu despreparo para dispensar os cuidados necessários ao filho.

4 PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse da criança" In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord) O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999.

5 Idem. Ibidem. P.2

Esta preferência, obviamente, era baseada na prioridade que os interesses da criança deveria ter, em detrimento dos interesses de seus pais.⁶ Com a conquista do direito à isonomia entre homens e mulheres ocorrida no século passado, entretanto, passou-se a se postular uma aplicação neutra do princípio do melhor interesse da criança, no momento da decisão de questões sobre guarda de uma criança, sendo consideradas, antes de tudo, as necessidades do menor, em detrimento dos interesses de seus pais, na análise de cada caso concreto.

Em 1924, já aparecia, na Declaração de Genebra, o reconhecimento da necessidade de se conferir à criança uma proteção especial, o que também foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1948, e na Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, documentos nos quais o atendimento ao interesse superior da criança era considerado fundamental para que seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social se desse de forma saudável e normal, sob condições de liberdade e dignidade. Essas convenções, porém, não geravam qualquer obrigação específica para os Estados, sendo apenas afirmativas de caráter moral, que deveriam a partir de então delinear as políticas legislativas adotadas pelos Estados-Partes.

O Direito à Proteção Integral do menor e o Princípio do Melhor Interesse da Criança foram também previstos, respectivamente, pelo art. 19 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em 1969, e, pelo art.3º, nº 1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁷, em 1989. Ambas as Convenções foram ratificadas pelo Brasil, sendo a primeira através do Decreto 678/92 e a segunda, pelo Decreto nº 99.710/90. Desta forma, o Estado brasileiro incorporou, em caráter definitivo, aqueles princípios em seu sistema jurídico.

Isto ficou ainda mais firme quando o art. 5º, § 2º da Constituição Federal expressamente declarou que os direitos e garantias ali enumerados não excluam os oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil fosse parte. A respeito

6 Idem. Ibidem. P.3 e PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do 'melhor interesse da criança' no âmbito das relações familiares. In. GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e Psicanálise - rumo a uma nova epistemologia. P. 209.

7 Não cabe engano pelo fato de tal diploma se intitular como dedicado a CRIANÇAS, em exclusão a ADOLESCENTES. Verifique que, a despeito de sua nomenclatura, consagra-se também a defesa destes últimos: "PARTE I - Artigo 1 - Para efeitos da presente convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. Resumo - Definição de Criança Todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, a não ser quando por lei do seu país a maioridade seja determinada com idade mais baixa". Sendo a maioridade penal em nosso direito atingida aos 18 anos de idade, beneficiados pela Convenção estão também, portanto, os adolescentes.

deste dispositivo, já se afirmou que ele se insere em uma nova tendência que permeia todas as constituições latino-americanas, que concedem, no plano do direito interno, um tratamento diferenciado a direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.⁸ Deixei-se registrado que, por tratar de direitos humanos, portanto preexistentes ao texto legal, “a Convenção sobre os Direitos das Crianças tem a peculiaridade de ser, toda ela, formada por cláusulas pétreas, isto é, elas devem ser respeitadas em todas as situações”⁹, não podendo ser suspensas nem em situações de emergência, como ocorre com tratados em geral.

Outros documentos internacionais que visam à proteção da infância e à definição de direitos universais para elas, independentemente de diferenças religiosas, sócio-econômicas ou culturais existentes, vieram se somar, em 1990, aos já existentes: as Diretrizes de Riad e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade, ambos tratando mais especificamente da questão da delinquência juvenil, e apontando não só normas que os países signatários deveriam adotar e incorporar às suas leis, a fim de garantir o mínimo devido a todas as crianças, como também os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento dessas disposições. Esses dois últimos tratados ainda não foram ratificados pelo Brasil, mas seus princípios foram absorvidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990.

Cumpra ainda citar, entre os documentos internacionais a respeito de crianças e adolescentes dos quais o Brasil faz parte, a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, que o Estado brasileiro ratificou pelo Decreto nº 3087/99.

Ao longo das últimas décadas do século XX, enquanto se articulava o *corpus juris* dos direitos da criança, como coroamento da emancipação jurídica do ser humano e da afirmação e expansão de sua subjetividade jurídica internacional, viu-se consolidada também a personalidade jurídica de crianças e adolescentes.

Eles passaram a ser vistos como verdadeiros titulares de direitos, como todos os indivíduos, e não apenas como objetos de proteção, independentemente de seu tempo existencial ou de sua capacidade para exercer os seus direitos por si mesmo. E, a partir do reconhecimento de sua condição jurídica de verdadeiro

8 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol 1, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 407.

sujeito de direito, dotado inclusive de personalidade jurídica internacional, afirmaram-se também os direitos humanos da criança.

Não há como não associar esse reconhecimento da personalidade jurídica dos menores ao próprio princípio fundamental do respeito à dignidade a que toda pessoa humana, independente da situação, da condição existencial e das circunstâncias em que se encontra, tem direito. O reconhecimento dos direitos humanos e da personalidade das crianças, que, por esses tratados, finalmente se desprendeu da de seus pais, fez com que o próprio Direito de Família se enriquecesse, na medida em que passou a se fundamentar o exercício do poder familiar e a própria autoridade parental através da busca pelo bem-estar e o atendimento ao interesse superior da criança, cujos direitos e condição jurídica adquiriram, no plano internacional, autonomia própria.

Segundo Cançado Trindade¹⁰, a grande conquista jurídica contemporânea, verdadeira mudança de paradigma da *opinio juris communis* de nossos dias, em termos de proteção integral à criança, foi sua consagração, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como sujeito, titular de direitos. Realmente, hoje parece evidente que toda pessoa humana, independente de sua condição existencial, é dotada de personalidade jurídica, que garante a ela o amparo do Direito, eis que a torna sujeito de direitos inalienáveis que lhe são inerentes, e impõe limites ao poder estatal.

É certo que a capacidade jurídica pode variar, em razão da condição jurídica de cada um para realizar determinados atos. Mesmo assim, ainda que varie a capacidade de exercício, todos os seres humanos são dotados de personalidade jurídica: as limitações da capacidade, que possuem uma variedade enorme de causas e uma multiplicidade de alcances, em nada prejudicam a personalidade, expressão jurídica da dignidade inerente ao ser humano.

É verdade também que há estreita e íntima vinculação entre personalidade e capacidade jurídica, mas são conceitos distintos, de modo que um indivíduo pode ter personalidade jurídica (aptidão para ser titular de direitos e deveres) sem desfrutar de plena capacidade para atuar, exercer seus direitos por si mesmo

9 MELLO, Celso. A criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p. 497

10 TRINDADE, Cançado. *Opinião Consultiva nº 17*. Op.cit

(capacidade de exercício). Ou seja, o fato de uma pessoa não dispor de plena capacidade jurídica e precisar de um representante ou de um assistente jurídico para ver os atos dos quais participa reconhecidos, não a priva de sua condição jurídica de sujeito de direito. E não são exceções a esta regra, nem as crianças, nem os adolescentes. Se antigamente a concepção histórica do infante era a de um ser frágil, incompleto, que necessita de cuidados para a sua sobrevivência, hoje, na perspectiva moderna, ela é vista como um ser singular e mutante.

É importante, entretanto, ressaltar que os sujeitos de direito são as crianças, como seres humanos que são, de carne, osso e alma, e não a infância, condição existencial em que estas se encontram temporalmente. Essa condição existencial de vulnerabilidade pode gerar direitos específicos para as crianças e requerer proteção especial para elas e para a sua dignidade, da parte da sociedade e do Estado, mas o titular de direito é sempre ela, pessoa humana, e não a coletividade ou grupo social a que pertence.¹¹

2.2

Revisão Histórica da Proteção da Infância no Brasil:

Em relação à proteção da infância no Brasil, esta tem avançado muito, desde a Proclamação da República, que representou, neste campo, ao mesmo tempo ruptura com a forma pessoal de governar do imperador e continuidade das relações clientelistas e coronelistas. A visão predominante no período era a liberal, que advogava a não intervenção do Estado na área social, o que determinou a inexistência de políticas de proteção à infância, na época. Uma época marcada pela ausência ou omissão do Estado em relação às questões da infância e pelas Rodas dos Expostos, que permitia que uma criança nascida fora do casamento fosse colocada para dentro de um estabelecimento, sem que fosse necessário identificar sua origem, preservando assim a honra das famílias.

Nos primeiros 20 anos da República, a família padrão brasileira era composta pelos pais e cinco filhos em média. Crianças pobres pediam esmola ou começavam a trabalhar muito cedo, antes dos dez anos. A mão-de-obra infantil

11 TRINDADE, Cançado. Opinião Consultiva nº 17. Op.cit.

era usada de forma abundante na indústria e o salário de crianças e adolescentes complementava o baixo rendimento das famílias operárias. As escolas públicas eram insuficientes, havendo disputa acirrada pelas vagas. Os crimes praticados por menores, a mortalidade infantil e a mortinatalidade apresentavam taxas bastante elevadas.

Nesta época, crianças e adolescentes pobres que viviam pelas ruas da cidade viraram alvos de ações policiais, conforme pode ser constatado em detalhada pesquisa feita por Adriana Vianna¹², que nos mostra os mecanismos pelos quais a categoria “menor” foi sendo construída, e evidencia a dimensão processual da produção e reprodução deste novo personagem social. Personagem este que surgiu como um dos substitutos de outras categorias ligadas ao mundo escravista, para redefinir a hierarquia social, designando um determinado grupo, ao qual foram associadas características bem distintas das normalmente usadas para se pensar em crianças.

Consoante o constatado nos diversos registros policiais levantados pela historiadora em sua pesquisa, atribuía-se à Instância Policial, na época ora analisada, um papel de organizadora e controladora do espaço urbano, delegando a ela, por isso, um poder bastante significativo. A partir da crença de que haveria, em um certo segmento do universo das crianças e adolescentes, um mal que precisava ser contido, para que não se concretizasse na idade adulta, e de que o saber policial, advindo do exercício cotidiano das funções policiais, estaria revestido de uma certa aura científica, que o tornaria apto ao desempenho destas funções, foi delegado à Polícia o poder não apenas para interceptar, mas também para deter, identificar, tipificar/classificar e encaminhar esses menores para as instituições que lhes fossem tidas como sendo mais adequadas. Desta forma, a Polícia, com plena autonomia e pouca intervenção do Judiciário, definia os destinos desses menores, segundo as nuances que detectavam existir entre eles.

Adriana Vianna demonstrou, em sua pesquisa, como essa atuação policial foi determinante para nortear a construção da identidade do “menor” no Brasil, atribuindo-lhe sentidos que foram muito além de sua idade, distinguindo-o de outras crianças e dimensionando seus direitos à cidadania, na medida em que o identificou com a delinquência e possibilitou a criação de uma hierarquia social de

direitos. Ela demonstrou também como o saber forjado pela instância policial foi utilizado para justificar as ações e legitimar a violência praticada pela polícia contra os menores e suas famílias, que ficavam completamente submetidos àquela estrutura de poder, em que o espaço de defesa era quase inexistente. Tanto os menores quanto seus pais e responsáveis, cuja capacidade para o exercício dessas funções era também avaliada, ficavam alijados dos processos decisórios que incidiam diretamente sobre suas vidas.

No início do século XX, higienistas e juristas se articularam a favor da criação de instituições de correção, legislação e tribunais especiais para os menores, afirmando que a proteção da criança era dever do Estado, já que o futuro da sociedade dependeria da maneira como estas fossem criadas e educadas. Articulando o público e o privado, os juristas fundam, em 1908, o Patronato de Menores. Em 1920, realiza-se o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, ficando o professor, ex-deputado e juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos encarregado de elaborar um documento que consolidasse as leis de assistência e proteção aos menores.

A promulgação do primeiro Código de Menores, elaborado a partir do projeto do juiz de menores Mello Mattos, ocorre em 1927. Impregnado pela lógica policial que dominava o espírito da época, o Código trouxe, ao lado da idéia de proteção da criança, a de defesa social, cristalizando práticas do cotidiano das delegacias, e dividindo a população infanto-juvenil em dois subgrupos: o de menores abandonados e o de delinquentes infanto-juvenis. Além de abolir a Roda de Expostos e formalizar a criação de um Juízo privativo de menores, o Código de Mello Mattos reconheceu a obrigação do Estado de cuidar das crianças pobres, garantindo-lhes educação e formação profissional, mas proibindo o trabalho aos menores de 12 anos e aos menores de 14 anos que não tivessem concluído o estudo primário. A intervenção estatal, porém, não se realizou como meio de universalização dos direitos das crianças, mas promoveu a categorização e a exclusão, sem combater o clientelismo e o autoritarismo herdados do Império.

Na década de 30, tivemos a Era Vargas, que apresentou um projeto centralizador e intervencionista, encarando as questões econômicas e sociais como problemas nacionais. Modificou-se o Código de Menores, eliminando-se a

12 VIANNA, Adriana de Resende B., O mal que se adivinha: Polícia e Menoridade no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro:

proibição ao trabalho antes dos 14 anos, quando este fosse feito em estabelecimento onde trabalhassem apenas pessoas de uma só família.

Também foi permitido o trabalho em usinas, manufaturas, estaleiros, minas, pedreiras ou oficinas para maiores de doze anos que já tivessem concluído os estudos primários. Tal regra foi modificada em 1943, por ocasião da publicação da CLT, que voltou a proibir o trabalho de crianças e de adolescentes antes dos 14 anos, restringindo o daqueles que tinham entre 14 e 18.

Encarregada de executar diversos programas que visavam prover as necessidades das famílias, pela fórmula da combinação entre público e privado, foi fundada a LBA (Legião Brasileira de Assistência), presidida pela primeira-dama. Articulando-se com setores privados, ao mesmo tempo que deixa em descaso as instituições públicas, o Estado distribuiu verbas e legitimou a troca de favores, estimulando que forças sociais, tais como a Igreja, se dispusessem também a intervir na questão social. Em 1948, um ex-juiz de menores declarou que a delinqüência era causada pelo abandono, calculando em 100 mil os menores que precisavam de amparo e assistência do Estado, no Rio de Janeiro.

Após a Era Vargas e antes do golpe de 1964, a articulação entre público e privado, com intermediação de verbas públicas para estabelecimentos particulares é o ponto central da política social. Desvios de verbas e recebimento *per capita* superior ao número de crianças efetivamente atendidas são volta e meia denunciados. Juízes de menores reclamam constantemente da falta de estabelecimentos e de vagas, como se apenas vissem a internação em instituições como solução para o problema da miséria e da infância abandonada. O Serviço Nacional de Assistência a Menores (SAM), criado desde 1941, é vorazmente criticado por jornalistas e deputados da oposição, devido à superlotação, à falta de cuidados e de higiene lá encontrados.

Após o golpe de 1964, o SAM é extinto e substituído por um novo órgão, a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, que oficialmente visava à integração do menor na comunidade, através da assistência à sua família ou de sua colocação em família substituta. Na prática, segundo Faleiros¹³, a Funabem se concentrou na proposição e assinatura de convênios, mantendo no

Arquivo Nacional, 1999.

13 FALEIROS, Vicente de Paula. "Infância e processo político no Brasil", in RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (orgs) A arte de governar crianças. 2ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2009.

Rio de Janeiro um centro piloto modelo, onde os meninos e meninas eram divididos em dois grupos distintos: o dos carentes e o dos delinquentes.

Em 1975, uma CPI instituída na Câmara dos Deputados para investigar o problema “da criança e do menor carentes no Brasil”, fez uma declaração, com efeito simbólico de denúncia, de que a pobreza excessiva era a principal razão para o abandono de crianças no país, e de que a taxa de criminalidade vinha aumentando nos últimos anos. Propôs-se a reformulação do Código de Menores.

Em 1979, foi promulgado o novo Código de Menores, que trouxe para o nosso ordenamento jurídico a Doutrina Jurídica da Situação Irregular. Esta doutrina, instituída com um foco tão estigmatizante quanto o do primeiro Código, aplicava-se somente em relação àquelas crianças ou adolescentes que se enquadrassem em uma das seis categorias especiais catalogadas no art. 2º¹⁴, que englobavam aqueles em situação de desajuste familiar, por questões, principalmente, de ordem econômica, alcançando meninos e meninas moradores de rua, adictos, abandonados ou infratores, isto é, menores – e cumpre aqui salientar o caráter diminutivo e pejorativo com que ficou marcada esta expressão¹⁵ – de qualquer modo marginalizados, excluindo-os ainda mais dos direitos e garantias que teriam, se adultos fossem.

Todas as categorias catalogadas no Código de Menores eram consideradas situações de perigo, pois se acreditava que o abandono material ou moral era um passo para a criminalidade. E o Código, assim como toda a política da época, era marcado, de forma evidente, por uma postura assistencialista, despreocupada com a alteração das condições miseráveis em que estes menores viviam.

O melhor interesse da criança já constava, apesar disso, naquele código, cujo artigo 5º rezava: “na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”, mas esse conceito era, na maior parte das vezes, deturpado.

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

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Por um “equivoco hermenêutico”, o juiz era comparado, na época, a um “bom pai”, não precisando justificar ou fundamentar suas decisões, e podendo definir o destino de seus assistidos de acordo com o que parecesse adequado à sua inteligência e bom senso. Não se considerava necessário o contraditório ou a ampla defesa.

Nos anos oitenta, finalmente, foi havendo um lento e gradual processo de transição do paradigma controlador e corretivo para o paradigma educativo. Os direitos das crianças foram colocados em evidência por inúmeras organizações e a questão da política para a infância tornou-se matéria de debate nacional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito da Criança e do Adolescente finalmente se firmou em nosso país como um Direito Especial, fundado em Direitos Fundamentais Constitucionais, inspirado na Doutrina da Proteção Integral e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Um Direito Especial que, diferente do Direito dos Menores, que, segundo Maximiliano¹⁶, tinha sua matéria, na íntegra, subtraída ao alcance das normas civis, e regulada de modo particular, subordinada a preceitos distintos, não se presta à exclusão.

Esta idéia é reafirmada por Marques¹⁷, que tem posição segundo a qual o Direito da Criança e do Adolescente não deve mais ser encarado como uma categoria estanque e dissociada, ramo autônomo do Direito, possuidor de uma construção própria, muitas vezes conflituosa com princípios e postulados do sistema jurídico em que se insere. A questão, postula o autor, deve ser readequada, deixando o viés esdrúxulo que o colocava, muitas vezes, acima do próprio regramento constitucional.

Com a entrada em vigor, em tempo recorde - menos de 2 anos da promulgação da CF/88 - do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi revogado o Código de Menores. Antes mesmo disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, através do Decreto nº 99.710/90, surgiu, em substituição da Doutrina

15 Desde já anote-se que, sem qualquer acepção pejorativa, a palavra "MENOR" será utilizada, na presente tese, significando toda pessoa que tenha menos de 18 anos - tudo e apenas isto.

16 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 228/229.

17 MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo*. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Renovar, 2000. p. 472

Jurídica da Situação Irregular, um outro paradigma interpretativo, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

Foram mobilizadas diversas camadas da sociedade, em torno de um intenso debate sobre os diversos aspectos do amparo à infante-adolescência, tendo em vista que, de acordo com a nova doutrina, a população infante-juvenil deve ter seus direitos garantidos em qualquer situação, e não apenas nas chamadas situações irregulares, sendo um dever social e uma co-responsabilidade entre Estado, família e sociedade, garantir-lhes a concretização dos seus direitos e dar-lhes proteção com prioridade absoluta, uma vez que são “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.

Assim, toda e qualquer criança ou adolescente passa a ser reconhecido como sujeitos de direitos universais, não apenas os direitos comuns aos adultos, mas também de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Costa¹⁸ alerta que cada fase de desenvolvimento é singular e relativamente completa. Crianças e adolescentes não são seres inacabados. Cada etapa de vida é, à sua maneira, um período de plenitude. Ser sujeito de direito significa deixar de ser tratado como um objeto passivo, passando a ser titular de direitos juridicamente protegidos, inclusive direitos da personalidade, cuja lesão justifica até o estabelecimento de indenização por danos morais, uma vez que, para essa parte da população já é presumido o sofrimento¹⁹.

“Essa condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.²⁰

Manifestações positivas do Direito acabam reconhecendo a crianças e adolescentes alguns direitos fundamentais. Hoje em dia já se reconhece amplamente que além dos direitos fundamentais enumerados no art. 5º da CRFB/88, existem outros dispersos na Constituição, com igual caráter normativo e fundamental.²¹ Alguns autores referem-se inclusive a “Direitos Fundamentais

18 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado..São Paulo, SP: Editora Malheiros, 1992. P.39

19 LISBOA, Roberto Senise, O dano moral e os direitos da criança e do adolescente. In Revista de informação legislativa, nº 118, abril/junho. Brasília, DF: p. 462

20 PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse... ob. Cit. P. 18

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 1999, p. 380.

fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal”, sendo assim, portanto, “idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia”.²²

O artigo 227 da Constituição Federal²³, assim sendo, consolida diversos dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e tais disposições da lei passam a ser tidas como princípios de direito, fixadores das linhas gerais que guiarão a vida em sociedade. Ele é conhecido como o preceito-síntese da Doutrina da Proteção Integral, de acordo com a qual, crianças e adolescentes também são dotadas de cidadania e o Estado deve tomar todas as medidas necessárias à sua proteção, mantendo-as distante de toda e qualquer forma de violência, negligência, maus tratos físicos ou mentais, abandono ou exploração de qualquer espécie, e responsabilizando aqueles que praticarem tais atos.

Pode-se dizer que, hoje, a cidadania infanto-juvenil, admitida independentemente da conceituação do cidadão como o sujeito dos direitos políticos-eleitorais, é integrante basilar do princípio da proteção integral. O reconhecimento da criança e do adolescente como titulares de obrigações do Estado, da sociedade e da família, e o estabelecimento de diversos direitos civis para as pessoas humanas em fase de maturação, através de uma Lei forte e estável e de uma política eminentemente garantista, apontam para o fim do subjetivismo e do arbítrio, eis que o princípio da proteção integral baseado em normas objetivas e finalísticas constitui uma diretriz asseguradora de que o interesse superior seja mesmo o da criança e do adolescente, e não mais um duvidoso e suposto melhor interesse, a critério do próprio intérprete.

Também segundo a Doutrina da Proteção Integral, o princípio do melhor interesse da criança deve ser interpretado de forma ampla, não admitindo qualquer elemento discriminatório, seja cor, raça, sexo, nacionalidade, religião, origem social ou qualquer outra. Ressalte-se que este princípio não é nem norma programática, nem expressão vazia, é, ao inverso, primado de uma nova visão sobre as crianças e adolescentes, em que se nega o tratamento estigmatizante anterior, inaugurando uma nova ordem, em que eles são vistos como sujeitos de direitos consolidados constitucionalmente, que devem ser garantidos, não pela

22 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Livrariado Advogado, 1998, p. 45.

23 CRFB/88, 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.”

“divina inspiração” do juiz, mas pela prioridade absoluta objetivamente definida na normativa nacional e internacional.

Cumprе ressalvar embora se guarde ainda um ranço da Constituição como mera carta política, de intenções, a melhor doutrina²⁴ hoje entende que a norma constitucional é uma norma jurídica de aplicação direta e imediata, tendo em vista que a Constituição é a “lei suprema do Estado”, a “expressão mais alta da vontade coletiva”, o “fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico”, que lhe “assegura a unidade”²⁵. Por isso mesmo, sua essência reside na eficácia, na concretização na realidade das situações por ela reguladas. Tendo isto em vista, seus dispositivos devem funcionar como “fios condutores” do sistema normativo, permitindo inclusive ao intérprete, em determinados casos, “superar o legalismo estrito de algumas normas infraconstitucionais.”²⁶

Considerado todo o exposto, os princípios do melhor interesse e da proteção integral têm aplicação imperativa em todas as medidas concernentes a essa parte da população. Não se trata apenas de critérios subsidiários para serem usados na falta de legislação específica. Trata-se, ao inverso, de critérios hermenêuticos a serem utilizados em todos os casos, e a funcionarem como fontes normativas, sempre que a situação concreta demonstrar a insuficiência ou a injustiça de uma lei.

Linhas gerais de hermenêutica fixadas pela Constituição, pela Lei de Introdução ao Código Civil e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente propõem que se faça uma interpretação teleológica da lei, isto é, de acordo com os fins práticos e sociais a que se destina, já que “o fim é o criador de todo o Direito”.²⁷ Assim, a adoção do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes indica, não resta dúvida, uma opção pelo favorecimento de um determinado valor, estabelecendo a busca desse melhor interesse da criança e do adolescente como um preceito geral, de largo alcance, que deverá orientar o aplicador do Direito sempre que ele tiver que enquadrar um fato concreto humano que envolva menores em uma norma jurídica, amenizando muitas vezes o rigor da

24 BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, p. 76; HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 15; SILVA, José Afonso da. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, p. 17.

25 FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da filiação, In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord) O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999. P. 264 e 265

26 Idem, ibidem. P. 268

27 LIMA, Mário Franzen de. Da interpretação jurídica. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 1955. p.32

lei, de forma a satisfazer as necessidades sociais de proteção integral à população infanto-juvenil, e guiando-o também nos casos em que a lei for omissa, obscura ou lacunosa, mas que, isso embora, ele não pode se eximir de julgar e sentenciar.

É necessário que perseverem os esforços no sentido da criação de possibilidades para que ações sejam implementadas levando realmente em conta o melhor interesse da criança, em todos os âmbitos de proteção, assumindo desta forma o Estado, em definitivo, a incorporação deste princípio ao seu sistema jurídico. O princípio do melhor interesse da criança obriga que as autoridades em geral avaliem os interesses superiores desta e indaguem a si mesmos que as soluções que pretendem adotar são as melhores para ela. O interesse da criança passa a ser “uma consideração primordial para o exercício de suas atribuições”.²⁸

Faz-se imprescindível, antes de tudo, que se respeite a dignidade da criança ou adolescente enquanto ser humano, devendo se tomar todas as medidas para assegurar-lhes uma proteção prática e eficaz contra maus tratos e violações de direitos, inclusive os infligidos por indivíduos da esfera privada, de suas relações interindividuais (proteção *erga omnes*). Esta aplicação *erga omnes* da proteção dos direitos da pessoa humana é hoje um imperativo de ordem pública internacional.²⁹

Mas como interpretar este princípio quando há profundas diferenças ideológicas entre os seus operadores da lei, e inexistente uma orientação uniforme a respeito dos fatores determinantes do que efetivamente seja o “melhor interesse” da criança? Que critérios devem ser adotados para que se dê legitimação jurídica e social a determinado interesse, e as decisões não sejam meros atos discricionários dos responsáveis por elas? Essas questões todas desafiam os operadores do direito que se aventuram a interpretar as leis protetivas da criança e do adolescente e o princípio do melhor interesse.

Apesar de ser este um princípio fundamental no arcabouço atual da proteção da infância e juventude do Brasil, ele remanesce como uma idéia vaga, sem parâmetro ou diretriz, ficando a critério da subjetividade de cada juiz, o que dá margem a um perigo: o da discricionariedade do arbítrio, já que se torna um terreno fértil para a arbitrariedade e o autoritarismo. Isto porque princípios, sendo

28 MENDEZ, Emilio Garcia e BELOFF, Mary. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. In FIGUEROA, Ana Cláudia (coord) Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente São Paulo, SP: CBIA/CEDECA-ABC, 1994.

29 TRINDADE, Cançado. Opinião consultiva nº 17. op.cit.

“portadores de dimensão ética e política, exigem um esforço muito maior do que a mera aplicação de regras.”³⁰

Na prática, através desse princípio, já se justificou tudo, desde o Ministério Público, dizendo defender a criança, pleitear sua internação como resposta a qualquer mínimo ato desviante, até o impedimento da participação de advogado nas questões relativas a menores.³¹ Em momentos jurídicos marcados por ideologias diversas, esse princípio é evocado, com variáveis. Interpretado atualmente a partir de critérios de equidade, é sempre bom lembrar as palavras de Caio Mário ao se referir a esta forma de integração da lei e a seu receio de que ela possa “servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador”, motivo pelo qual considerava o mestre que “sua utilização abusiva é de todo inconveniente”.³²

A humanidade deve à criança o melhor que pode lhe dar e, para isto, a decisão de um Tribunal deve ir além dos valores pessoais dos julgadores, que, ao procederem definições sobre o que seja o melhor interesse da criança sem se preocuparem em articulá-lo com suas reais necessidades biopsicossociais, podem gerar, além de climas tensos e hostis, resultados muito incertos e injustos para as crianças, que conduzam o caso a uma insatisfação geral.

Diante da falta de definição clara para a efetiva identificação do seu melhor interesse, enquanto se buscam parâmetros mais seguros do que o amplo poder discricionário dos juízes, é preciso que se observe, mesmo na aurora da vida, direitos tais como a liberdade de consciência, de pensamento e de expressão dos seres humanos, atribuindo-se especial relevância ao ponto de vista de crianças e adolescentes envolvidos em cada situação de conflito.

A própria Corte Interamericana sustentou³³, no famoso caso dos Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros versus Guatemala)³⁴, que foi um exemplo

30 PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In Ob.Cit., p. 22

31 AMARAL E SILVA, O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: www.abmp.org.com.br

32 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol I. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 1987. p. 51

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de Reparaciones. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentença de 26 de maio de 2001. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html. Acesso em 12/12/2005.

34 O caso mencionado é apenas um exemplo dos inúmeros delitos cometidos contra meninos de rua, e das graves violações aos direitos humanos de que eles são objetos, não apenas, como na hipótese, na Guatemala, em uma determinada época, mas em diversos países do mundo, até hoje. O caso mostra, de forma evidente, os graves perigos a que vêm sendo expostas as crianças de rua, por causa do abandono e completa marginalização social, chegando ao ponto de tais violações serem cometidas por esquadrões da morte da própria polícia, que devia protegê-los, através de torturas e extermínios, e de o Estado, ao invés de tomar as medidas que sua condição de pessoa em desenvolvimento requereria, se omitir cabalmente quanto à investigação e castigo dos responsáveis pelos abusos ou quanto à busca de um melhor treinamento dos agentes estatais, apesar de ter pleno conhecimento, por meio de informativos apresentados a

concreto do reconhecimento da personalidade jurídica internacional de crianças, e do dever de observância dos direitos substantivos e processuais das mesmas, em toda e qualquer circunstância, havendo reconhecido ainda a importância capital de eles serem ouvidos, nos procedimentos judiciais ou administrativos dos quais fizerem parte, e de terem seus pontos de vista levados em consideração nas decisões.

Novaes é incisiva ao argumentar que, deixar de considerar as falas e manifestações volitivas da criança, só aumenta a incompreensão das suas dificuldades, desejos, e conflitos. Para esta autora, “A infância, em sua aparente fragilidade, pode revelar ao adulto, verdades que ele não consegue mais ouvir ou enxergar.”³⁵ E, sendo assim, é essencial “conhecer sua verdade e sua opinião, dar-lhe espaço para escolher e optar e, ainda, identificá-lo como o maior interessado numa situação de conflito”³⁶. “A ‘fala da criança’ deve ser assumida como uma das provas essenciais na instrução dos processos que envolvam seus interesses.”³⁷

Sendo assim, torna-se necessário criar condições facilitadoras da manifestação autêntica e espontânea da vontade da criança e do adolescente, o que inclui a intervenção de profissionais especializados que possam interpretá-la da maneira apropriada, sem forçá-las a se expressarem, sem que estejam preparadas, nem gerar situações de angústia com o uso de linguagem técnicas para ela incompreensíveis. Para que elas possam realmente emitir sua opinião a respeito de alguma situação conflitante, é necessário ainda que detenham informações relativas aos fatos nela envolvidos.

É claro que o fato de a criança ser ouvida “não significa que o Juiz deva seguir o que esta sugere, mas ele deve levar em conta que a criança e o adolescente podem ter vontade de verbalizar o que se passa com eles, ou, ainda,

ele por diversos organismos internacionais, dos atos de violência por parte de membros da polícia dos quais os menores são habitualmente vítimas. No caso referido, o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos garantiu que tais violações fossem minimamente reparadas.

35 NOVAES, Maria Helena. O maior interesse da criança e do adolescente face a suas necessidades biopsicossociais - uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p. 533.

36 SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais civis e procedimentos da Lei 8090/90. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p.

37 PEREIRA, Tânia da Silva, O melhor interesse ... Op. cit., p. 30.

que necessitem tirar dúvidas sobre as situações que os envolvem”³⁸, mas seus sentimentos e pensamentos, seus sonhos e suas reações, não podem deixar de ser considerados na resolução de conflitos que lhes digam respeito. Não em um Estado que tem constitucionalizada a primazia dos interesses infanto-juvenis e sua prioridade em face de todas as políticas públicas.

“É preciso que o adulto assuma a criança e o adolescente como parceiros na busca de uma compreensão mais profunda das suas experiências compartilhadas cotidianamente, partindo da visão crítica dessas diversas relações intersubjetivas.”³⁹ É preciso que se abram oportunidades de diálogo com elas, onde suas dificuldades e seus anseios possam ser discutidos e suas demandas e reivindicações, ouvidas. É preciso, antes de tudo, que se confie na sua capacidade de pensar sobre seus direitos e interesses.

Faz-se necessária, portanto, a implantação de novas formas de intervenção junto ao público infanto-juvenil, através de profissionais habilitados para atender adequadamente a esses infantes e para oferecer apoio técnico em todos os casos onde seja necessário apurar o seu “melhor interesse”. Faz-se também importante, para encontrar indicadores que orientem coerentemente na busca do sentido apropriado do princípio do melhor interesse da criança para a vida real, que se promovam debates de idéias com outras áreas do conhecimento humano, para que seu saber também venha contribuir para a formulação e desenvolvimento do conceito, ventilando e alargando o conteúdo normativo, de modo a promover a real evolução do Direito.

“Não se pode prescindir de se recorrer a outras ciências (...) É prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos novos ‘sujeitos de direitos’. Encontraremos na psicologia, pedagogia, medicina, sociologia, etc..., recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na lei 8069/90 sejam atingidos.”⁴⁰

Assim sendo, nesse momento de mudança de paradigma, para que se possa tomar providências ou decisões mais satisfatórias e favoráveis às crianças e adolescentes, e portanto mais condizentes com o princípio, “necessitamos

38 BRITO, Leila Maria Torraca de. Crianças: sujeitos de direitos nas Varas de Família. In ALTOÉ, Sônia (org.) Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo Rio de Janeiro, RJ: Revinter, 1999, p.79

39 NOVAES, Maria Helena. O "maior interesse"... Op.cit. p.533

40 PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. p. 38/39

desenvolver uma abertura para novas idéias. Uma disposição para explorar modos diferentes de fazer as coisas, (...) manter as portas abertas para o futuro”.⁴¹ E, nesse momento, exige-se cada vez mais a participação ampla de todos os setores da sociedade civil. Exige-se que “passem da posição de espectadores passivos para a de agentes responsáveis pelas soluções e medidas que atendam as necessidades da sociedade, isto é, passem da posição de súditos para a de cidadãos.”⁴²

Ante todo o exposto, voltando-se a partir de agora mais diretamente para o tema do presente trabalho, não se pode esquecer que as crianças são parte de um contexto onde família, sociedade e Estado interagem diretamente.

“A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo. Sua expressão externa é sua imagem, que irá compor a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento.”⁴³

Tendo sua identidade pessoal e social vínculo direto com a sua identificação no grupo familiar, que vai ajudá-la a se localizar no mundo, torna-se evidente que decisões que interfiram nesse seu grupo mais íntimo têm que ser ainda mais cuidadosamente pensadas e avaliadas, para que reflita, efetivamente, o melhor interesse do filho.

A estabilidade, continuidade e permanência na relação familiar devem ser, sem dúvida, priorizadas, já que qualquer perda dentro do grupo familiar - seja ela por morte ou separação -, representa uma experiência freqüentemente traumática para a criança, que pode lhe trazer significativo custo emocional. Mas a Psicologia também vem nos informar das conseqüências danosas decorrentes do abandono moral e psicológico, dos maus-tratos e dos abusos, no âmbito familiar. Ante a isto, qualquer ação do Estado ou de seus agentes nestes casos deve visar ainda mais decididamente a assegurar o bem estar da criança. Os julgadores devem analisar cuidadosamente cada caso, sem desprezar a manifestação volitiva da criança envolvida, e priorizando, além de sua vontade, suas necessidades, suas relações de afinidade e afetividade, e suas condições psicológicas e emocionais.

41 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Mais que uma lei, um novo olhar. p. 25/26

42 PEREIRA, Elizabeth Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p.572

Para identificar seu melhor interesse em casos que envolvem a família, muito mais que a letra fria da lei ou os vínculos biológicos ou genéticos existentes, é preciso que sejam considerados os laços afetivos que a criança mantém com cada um, levando-se em conta aquele com quem ela mantém laços de afetividade e carinho, como resultado do atendimento diário de suas necessidades biofísicas e psicológicas; o hábito desenvolvido na criança de receber de uma determinada pessoa amor e orientação; a habilidade e a capacidade desta pessoa de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica; e a preferência da criança. Também devem ser consideradas a estabilidade emocional, a suficiência econômica e a responsabilidade que cada adulto demonstre ter em relação a criança, além de sua capacidade de promover-lhe o melhor interesse, provendo seu bem-estar no presente e no futuro.

“Toda criança tem necessidade de sentir-se valorizada, protegida e compreendida pelo meio em que vive, estando sua relação com o mundo diretamente ligada a determinado contexto sócio-cultural, o qual exerce influência sobre seus comportamentos, atitudes e valores.”⁴⁴

Considerando que a família, como será amplamente demonstrado no próximo capítulo, é um grupo cultural, “uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membro ocupa um lugar, uma função”⁴⁵, é importante perceber ser perfeitamente possível que uma pessoa ocupe o lugar de pai ou de mãe, mesmo sem ser ascendente biológico da criança. No mundo atual, a paternidade / maternidade sócio-afetiva assume cada vez papel mais relevante na convivência familiar e no atendimento às necessidades de seus membros, sendo uma esperança e uma resposta às várias formas de abandono psíquico de milhares de crianças..

“a paternidade e também a maternidade podem ser exercidas em famílias não biológicas.(...) Esta outra forma de família pode exercer, perfeitamente, a função necessária à constituição do sujeito para além das funções de sustento, guarda e educação, estabelecendo os necessários limites a uma criança para que ela possa existir e se constituir sujeito”⁴⁶

43 PEREIRA, Tânia da Silva, O melhor interesse ... Op. cit., p.15 e 81

44 NOVAES, Maria Helena O "maior interesse" da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais - uma questão psicológica. In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000, p. 527

45 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1997. p.24.

Para que a expressão “melhor interesse da criança” seja efetivamente atendida, é preciso que, sem idéias pré-concebidas, se investigue primeiro, as particularidades existentes em cada caso, eis que descabe, nestas hipóteses, uma regulamentação genérica. Devem ser avaliadas as condições emocionais e psicológicas; a vontade da criança; os vínculos decorrentes da relação de afetividade e afinidade estabelecida por ela com cada adulto significativo que demonstre interesse em sua guarda; e a dinâmica, a engrenagem e a atmosfera reinante em cada grupo familiar. Só então poderá ser estabelecida a melhor forma de atender às reais necessidades da criança, reforçado e respeitado inclusive o seu direito à continuidade da convivência familiar, entendendo-se aí família como algo que vai muito além dos vínculos biológicos, muitas vezes prescindindo deles. De outra forma, acaba-se privilegiando aspectos meramente secundários ou formais, criando-se situações artificiais, e camuflando-se os reais interesses da criança, na medida em que se descuida dos pontos mais essenciais do seu viver cotidiano. Tal atitude conduz, portanto, a infração de uma garantia constitucional e a um agravamento dos danos sofridos pela criança.

É importante, é claro, ter em mente que as relações que a criança desenvolve desde o seu nascimento formam, “o alicerce de seu sistema de valores, de seu olhar para o mundo, de sua racionalidade, de seu futuro proceder com os demais”⁴⁷, sendo a base de referência para quem ela será na vida, para a sua identidade como pessoa humana. Mas é importante lembrar que “a criança tem direito a uma identidade estável, ela própria assegurada por uma rede simbólica”⁴⁸

“Deixar emergir a diferença no seu caráter extensivo de alteridade e abertura para novas possibilidades é tomar consciência das transformações que estão ocorrendo nos sujeitos, na cultura e na sociedade”.⁴⁹ Pouco acrescenta à proteção integral da criança essa persistência em manter a idealização da família tradicional, ignorando a experiência vivenciada pela criança. Esta atitude gera apenas preconceitos, estereótipos, e visões estreitas e pouco realistas dos outros tipos de família.

46 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p.585

47 FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da filiação. In : PEREIRA, Tânia da Silva (coord) O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999. P. 253

48 ALTOÉ, Sônia. Apresentação. In ALTOÉ, Sônia (org). Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo - Direito e Psicanálise.

49 NOVAES, Maria Helena. O "maior interesse da criança"... op. cit., p. 533

Se Estado, família e sociedade têm o compromisso de dar proteção integral a crianças e adolescentes, assumidas que são estas como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, é necessário que o princípio do melhor interesse da criança esteja **sempre** presente, como premissa, em **todas** as ações concernentes àquela parcela da população, mesmo porque se trata de uma norma cogente, respaldada por princípios legais e constitucionais. A busca de soluções deve estar sempre centrada na criança e o caminho escolhido deverá ser sempre aquele que promova o seu melhor interesse.

“Atualmente, convivemos com novos tecidos sociais e culturais, com outras tramas institucionais, com fenômenos complexos de organização sócio-cultural num mundo em rápida transformação, que exige uma consciência crítica e uma leitura articulada na busca de totalidade e síntese”⁵⁰

Se o momento atual, longe de ser um mero prolongamento do passado, é de crise dos paradigmas familiares, sendo marcado por muitos desafios e ameaças, por muitas incertezas e dúvidas, que deixam o homem moderno cada vez mais perplexo e confuso, vulnerável e inseguro, é necessária muita reflexão e debate para que se mantenha a lucidez que possibilitará encontrar soluções novas e coerentes para novos problemas sociais. É importante, para começar, que se apreenda o novo e verdadeiro sentido de termos como “família”, “paternidade” e “maternidade”, bem como suas várias formas, observando toda a subjetividade que, sabe-se hoje, permeia mesmo a objetividade de atos e fatos jurídicos.

“As relações de afeto que conduzem grupos de pessoas não identificados juridicamente como ‘família’ a conviver e compartilhar o cotidiano de alegrias e tristezas devem merecer apoio e proteção. Assim, famílias monoparentais, casais homossexuais com filhos, famílias reconstituídas após a separação ou divórcio, devem ser reconhecidos como núcleos familiares e identificado entre eles o melhor interesse da infância e juventude.”⁵¹

Mas crises são também excelentes oportunidades de aprendizagem social, permitindo que o Direito cresça e amadureça. Morin⁵² postula que existem sempre dois movimentos possíveis: o padrão, de conformismo, e o inventivo, de livre criatividade. “A partir do momento em que a paternidade for considerada em sua

50 Idem, ibidem, p. 535

51 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do ‘melhor interesse da criança’ no âmbito das relações familiares.

52 MORIN, Edgar Cultura de massas do século XX - Neurose Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 1990

essência, desbiologizada e vista como função, o pensamento jurídico terá que se reestruturar”⁵³

E é preciso que o faça logo, uma vez que as conseqüências de uma decisão errada, nesses casos que versam sobre assuntos tão cruciais e decisivos para a construção da identidade e estruturação da personalidade do sujeito, podem acarretar efeitos particularmente sérios para o seu desenvolvimento cognitivo, lingüístico, moral, social, psíquico e afetivo-emocional, tais como distúrbios no comportamento relacional e bloqueio de emoções e afetividade.

53 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed.Renovar, 2000. p. 578