

Conclusão

Assim como a visão sobre a família, a visão sobre a criança, em nossa sociedade, já se modificou muito, como nos mostra, por exemplo, Áries (1981). Vista a princípio como um adulto em miniatura, sendo vestida, criada e educada no meio deles sem nenhum tipo de distinção especial, desde que começou a ser percebida como portadora de características diferenciadas, já no século XVI, a criança teve sua imagem associada a, desde um estorvo, um fardo não produtivo que a família tinha que carregar, até um anjo de inocência e pureza, ou alguém frágil, dependente e vulnerável, que carecia de toda a proteção.

A legislação sempre acompanhou e refletiu essas diferentes visões. Assim, em uma época em que a criança passou a ser vista como alguém vulnerável, sem discernimento suficiente para tomar sozinha as próprias decisões a respeito de sua vida, o Direito a tornou incapaz, necessitando de uma pessoa adulta, por ela responsável, para ratificar qualquer ato jurídico do qual participasse e qualquer compromisso ou obrigação que assumisse. Naquela época, a criança era tida como “pertencente” a seus pais, sendo tratada quase como um objeto da família. Se, por um lado, era tutelada e protegida, por outro, não havia qualquer reconhecimento de suas vontades ou desejos. As decisões sobre ela eram sempre tomadas pelos pais, mais especificadamente pelo pai, o legítimo detentor do “pátrio poder”.

Hoje, influenciada pelo movimento internacional que luta pelos Direitos Humanos, tidos como direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de qualquer das suas circunstâncias, e por tratados dos quais o Brasil é signatário, tais como a Declaração Internacional dos Direitos das Crianças, a visão da criança é a de uma pessoa em desenvolvimento, e por isto merecedora de especial proteção, mas que é, antes de tudo, um sujeito de direitos cujos interesses devem ser priorizados em relação a de qualquer outra pessoa. A essa norma orientadora que aconselha a juízes e tribunais buscarem sempre, através de suas decisões, aquilo que maior benefício traga à criança ou adolescente, chamamos de “melhor interesse da criança”, princípio internacional que deve nortear todas as questões que envolvam pessoas ainda em desenvolvimento.

Por outro lado, porém, o Direito que temos, ainda muito diferente do Direito que queremos, foi e é tremendamente influenciado por uma corrente jurisprudencial chamada de “positivismo jurídico”, que concebe a Ciência Jurídica

de uma forma muito restrita, ignorando a existência de princípios gerais e de técnicas de hermenêutica, que muitas vezes guiam as decisões, possibilitando inclusive o “conserto” de regras ou o preenchimento de lacunas que podem levar à injustiça. Por essa nossa herança positivista, que tenta reduzir o Direito à lei escrita, algo tão inusitado quanto tentar reduzir uma música à sua partitura, é que encontramos situações como as que motivaram o presente estudo.

Prevê a lei uma determinada ordem de preferência para a entrega da guarda e da tutela de uma criança. Segundo a lei, a primeira opção deve ser sempre os pais biológicos da criança, seguidos dos avós, irmãos maiores, tios e demais parentes consanguíneos, dando preferência ao mais próximo em detrimento do mais distante, e ao mais velho em detrimento do mais novo. Somente no caso de não haver nenhum parente natural vivo e disposto a assumir a guarda ou tutela da criança, é que seria considerado apto um “estranho”, isto é, alguém sem vínculo de parentesco com a criança, mas que fosse pessoa idônea e morasse no mesmo município que ela.

É claro que muitos juízes já interpretam essas regras de forma mais flexibilizada, aplicando princípios como o do “melhor interesse da criança” ou da “dignidade da pessoa humana”, e subvertendo a ordem legal quando percebem que uma solução diferente atenderia melhor às necessidades daquele que tem que ser alvo de proteção especial em qualquer circunstância, mas isto infelizmente ainda está longe de se aplicar a todos os nossos magistrados, quanto mais se saímos das grandes capitais e dirigimos nossa atenção para os casos julgados no interior.

Mesmo nos foros das capitais, entretanto, é possível encontrar decisões como a de um juiz que, em sentença de ação de guarda movida pelo pai biológico de uma adolescente, cuja mãe havia falecido há pouco tempo de câncer, aplicando a letra fria da lei, como manda nossa cultura positivista, concedeu-lhe a guarda da menina, ordenando que o padrasto, que desde sempre a criara, a entregasse em um prazo exíguo, sem considerar que, apesar dos laços biológicos havidos entre eles, para aquela menina, o genitor não passava de um quase estranho, tendo em vista que não entrava em contato com ela sequer nos Natais ou aniversários, desde que se separou da sua mãe, quando ela era ainda um bebê. Nem avaliou, o magistrado, o elo que a adolescente tinha com o padrasto, e o quanto ia ser sofrido para ela, que acabara de perder a mãe, ter que perder também aquele que verdadeiramente

ocupava dentro dela o espaço psicoparental e merecia de fato ser por ela chamado e reconhecido como “pai”.

Tudo se torna ainda mais complicado porque o “melhor” interesse da criança é algo muito subjetivo, difícil de ser determinado, havendo possibilidades de diferentes interpretações, de acordo com a formação e a visão de mundo de cada pessoa a quem cumpra fazer um julgamento. Assim, é perfeitamente possível que um juiz acredite, segundo os valores que possua, que o melhor interesse da criança é sempre ficar com sua família biológica, assim como outro pode acreditar que a mãe, pelo amor único e universal que crê existir em todas elas, é sempre a melhor opção para ser detentora da guarda, mesmo quando compete com o pai por ela.

Visando dar alguma colaboração para pôr um fim nas arbitrariedades e opiniões pessoais, possibilitando uma apreensão inicial do que realmente seja o “melhor” interesse da criança, não apenas nos casos de guarda ou tutela, mas também em outros, como direito a visitação e qualquer outro que envolva laços familiares, constitutivos dos sujeitos, é que surgiu a idéia desta pesquisa.

Acho que restou plenamente demonstrado que família é um grupo eminentemente cultural, já tendo assumido diferentes configurações no decorrer da História. Haver ou não vínculo biológico não foi sempre algo determinante para a sua constituição, como ficou patente no capítulo 1º, onde foi feito um levantamento de várias formas de famílias existentes no mundo, no decorrer da História.

Também ficou plenamente demonstrado, pelo recurso aos autores que fundamentaram os capítulos 2 e 3, que homens e mulheres não nascem pais ou mães. Não há uma só forma de ser pai nem mãe, nem existe uma predeterminação natural para que se tornem pais quando geram o primeiro filho. Genitor não é o mesmo que pai. Genitora não é o mesmo que mãe. Pai e mãe são funções a serem desempenhadas na vida de um sujeito que integra uma família como filho. A definição desses lugares surge com a própria relação interpessoal e com os afetos nela produzidos.

Também irmãos, conforme visto no capítulo 4, não se constituem como tais com o mero nascimento, tendo o laço biológico muito pouca influência na formação desse elo, que se constitui a partir dos momentos partilhados, das experiências vividas em conjunto, e das lembranças comuns. Rivalidades,

disputas, a busca de soluções para os conflitos, acordos de convivência e a aprendizagem realizada a partir do convívio com as diferenças cimentam e intensificam esse vínculo, servindo essa relação de modelo para outras futuras relações, desenvolvidas pelos membros da fratria fora do círculo familiar.

Ainda na fase de preparação da pesquisa, quando selecionava as pessoas a quem iria entrevistar, me deparei com um dado bastante interessante. Em meu projeto, havia a previsão de entrevistar também uma dupla homoparental-filial masculina, mas isso se tornou impossível, pois, embora tenha procurado indicações inclusive em associações que lutam pelos direitos dos homossexuais, tais como os Grupos Arco-Íris e Atobá, bem como em um grupo que congrega famílias alternativas de todo tipo (Falt), nem eles, que tantas sugestões me deram para a entrevista com a dupla homoparental-filial feminina, puderam me ajudar, pois não constava nos cadastros de nenhuma dessas instituições, nem nenhuma das pessoas com as quais conversei conhecia, um só casal homossexual masculino que criasse crianças.

Encontrei até homossexuais masculinos que criam filhos biológicos ou adotivos e têm namorados, mas esses não se enquadravam na pesquisa, pois esses namorados não coabitavam com eles, nem ajudavam a criar as crianças, logo, não desenvolviam com elas o tipo de vínculo que me interessava investigar. Percebi que casais homossexuais masculinos costumam criar animais (gatos, cachorros) como se fossem filhos, mas não crianças. Isto não acontece com os casais homossexuais femininos, que podem até ter animaizinhos também, mas, com maior frequência criam filhos naturais ou adotivos, juntas.

Pensando a respeito do dado encontrado e tentando relacioná-lo com tudo o que li e pesquisei para esse trabalho, cheguei a algumas hipóteses que talvez ajudem a explicar o fenômeno. A primeira delas é que provavelmente é mais fácil encontrar casais homossexuais femininos criando crianças porque, sendo esses filhos biológicos de uma delas, o normal é que a mãe fique com a guarda da criança, e não o pai, independente da sua orientação sexual. Assim sendo, numa separação, é mais fácil que uma mãe, que tenha se percebido lésbica, fique com a guarda das crianças frutos do casamento, do que um pai, que tenha se percebido gay, o faça. Diante disso, é mais fácil que a mãe lésbica leve seus filhos de uma relação anterior, para a nova união, com uma parceira do mesmo sexo, do que um pai gay consiga fazê-lo.

Ainda assim, restaria outra opção, a de adoção, principalmente numa cidade como o Rio de Janeiro, em que o Juizado de Menores reconhecidamente concede adoções para homossexuais, sem opor nenhum obstáculo maior a isso. Entretanto, mesmo quando pensamos em filiação adotiva, foi possível encontrá-las apenas entre casais homossexuais femininos ou alguns poucos homossexuais masculinos solteiros.

Isto corrobora a pesquisa realizada por Féres-Carneiro (1999), na qual surgiu como dado evidente a ausência de vontade ou pretensão dos sujeitos homossexuais masculinos de terem filhos, enquanto que a maternidade aparecia nos planos da grande maioria das mulheres homossexuais, mesmo sem terem ainda decidido de que forma isto se daria, se pela concepção natural, inseminação artificial ou adoção. Isto também referenda as conclusões de Badinter (1985), que afirma que, apesar de a imagem e o destino das mulheres já não estarem mais tão reduzidos à maternidade, apenas uma minoria ínfima da população feminina excluiria deliberadamente os filhos de seus projetos de vida, mesmo hoje.

Passando à análise dos relatos das entrevistas, confrontadas com a teoria estudada, parece evidente que, com as transformações sociais pelas quais passaram as famílias, na atualidade as funções paternas, maternas e fraternas estão sendo exercidas, cada vez mais comumente, por pessoas não ligadas nem biologicamente, nem juridicamente às crianças. Sendo o exercício dessas funções plenamente vivenciado por madrastas, padrastos e quaisquer outras pessoas sem vínculo juridicamente reconhecido com os menores, isto propicia a criação de um laço forte e profundo entre elas, laço este que tem uma importância capital na constituição do sujeito, e que influencia sobremaneira sua forma de ser e de ver o mundo, a si mesmo e aos outros. Forma-se aí um tipo de vínculo que em nada se diferencia daquele existente entre filhos e pais naturais, ou entre irmãos consangüíneos, desde que sejam estes presentes e atuantes no percurso de vida do sujeito.

Interessante notar que o fato de a criança ser criada por um casal homossexual não indicou nenhuma diferença em relação aos resultados encontrados na pesquisa, referentes a casais heterossexuais. A criança entrevistada mostrou ter desenvolvido os mesmos sentimentos e tipo de relação com a companheira da mãe, que os outros entrevistados demonstraram possuir em relação a seus padrastos e madrastas, inclusive utilizando-se o termo “mãe” para

denominá-la, apesar de isto gerar uma situação estranha para as convenções sociais atuais, na qual existem duas mães para a mesma criança. Assim, a orientação sexual dos pais não parece influenciar em nada a ocupação do espaço psicoparental da criança por seus companheiros, nem impedir que vínculos de afeto ali se desenvolvam.

Assim como acontece no relacionamento entre pais e filhos biológicos, pais e filhos sócio-afetivos também podem viver um afastamento e um esfriamento da relação, principalmente quando ocorre a separação entre os cônjuges, ficando a criança, como manda a lei, sob a guarda daquele com quem tem laços consangüíneos. A falta de convivência daí decorrente, que saliento acontecer comumente também nas relações biológicas, faz com que as pessoas percam, gradativamente, a intimidade que tiveram, tornando-se distantes e, com o tempo, estranhando-se. O medo desta lei, que pode afastá-los definitivamente, também se fez presente nos discursos dos entrevistados, sejam eles pais, mães ou filhos sócio-afetivos.

Em se tratando da relação havida entre os irmãos sócio-afetivos, percebe-se, pelas entrevistas realizadas, que eles realmente se consideram como irmãos, referindo-se desta forma uns aos outros, inclusive quando fazem apresentações formais. Por outro lado, muitos relatam sentir-se menos próximos de seus irmãos biológicos, de quem foram afastados quando pequenos e com quem pouco ou nada conviveram, do que de seus irmãos sócio-afetivos, o que nos leva a concluir que procedem as postulações de Rufo (2003) e McGoldrick & Carter (1995), quando postulam que o compartilhar de memórias e experiências tem muito mais influência na formação da fratria do que o mero acidente biológico de possuírem ascendentes em comum.

Podemos, a partir dos relatos obtidos, concluir que “ser mãe”, “ser pai” ou “ser irmão” é algo que vai muito além de laços consangüíneos. É preciso tempo e disponibilidade. O compartilhar de experiências, a vivência conjunta, o afeto trocado, as demonstrações de carinho e de preocupação, os cuidados e a proteção ofertados, contam muitos pontos para que uma pessoa seja assim percebida pela criança e assuma esses papéis de grande importância em sua vida.

Por todo o exposto, acredito que, se tencionamos fazer valer o “melhor interesse das crianças”, é necessário que se procure amparar o quanto antes os

vínculos psico-sócio-afetivos que esta estabelece nas novas configurações familiares.

Nem o determinismo biológico, nem determinações jurídicas podem impedir o reconhecimento e a proteção dessas relações desenvolvidas pelas crianças no seu cotidiano e dentro da sua esfera mais íntima, a família. São relações que, sem dúvida, não ficam nada a dever às estabelecidas com pais, mães e irmãos biológicos que efetivamente exerçam suas funções, em matéria de importância e influência para a constituição e o desenvolvimento da personalidade da criança.

Definitivamente, família pouco ou nada tem a ver com laços consangüíneos, referindo-se muito mais a funções a serem exercidas junto ao indivíduo e perante a sociedade. É o exercício efetivo dessas funções, muito mais do que uma molécula de DNA ou a letra fria de uma lei, que deve ser reconhecido e protegido pelo Direito e pelo Estado.

Essa parece ser, sem sombra de dúvida, a melhor orientação para resolver qualquer conflito de interesse onde esteja sendo discutida a paternidade ou a maternidade de uma criança, bem como direitos delas provenientes, como o de guarda ou o de visitação. Serve esse entendimento, inclusive, como direcionador para resolução dos conflitos que já vêm surgindo e os que por ventura ainda venham a surgir, provindos da biotecnologia e da clonagem.

Torna-se, assim, premente que leis sejam elaboradas e/ou interpretadas de forma que favoreçam, em cada caso, acima de tudo, o vínculo psico-sócio-afetivo existente entre os membros da família e, com ele, certamente, o “melhor interesse da criança”.