



UNI VERSI DADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DI REI TO
COORDENAÇÃO DE ATI VIDADES COMPLEMENTARES E
MONOGRAFI A JURÍ DI CA

SARAH PONTE DE OLI VEI RA

A COLOCAÇÃO DE CRI ANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍ LIA SUBSTI TUTA:
MUDANÇAS DA NOVA LEI DE ADOÇÃO EM FACE DE UM NOVO CONCEI TO
DE FAMÍ LIA

FORTALEZA

2011

SARAH PONTE DE OLIVEIRA

**A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA:
MUDANÇAS DA NOVA LEI DE ADOÇÃO EM FACE DE UM NOVO CONCEITO
DE FAMÍLIA**

Monografia Apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a
obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do
Professor Dr. Marcos Antônio Paiva Colares.

FORTALEZA

2011

SARAH PONTE DE OLIVEIRA

**A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA:
MUDANÇAS DA NOVA LEI DE ADOÇÃO EM FACE DE UM NOVO CONCEITO
DE FAMÍLIA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito

Aprovada em / /2011

BANCA EXAMINADORA

Prof. D. Marcos Antônio Paiva Colares (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. José Adriano Brito
Universidade Federal do Ceará - UFC

**A Deus, aos meus pais Francisco Rodrigues e
Maria de Jesus e ao meu esposo Brazil; este
trabalho ofereço a vocês, que sempre dedicaram
as suas vidas a mim**

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Ao meu Deus, meu Amor Maior, Autor da Vida e da Salvação.

À minha família querida, que é o meu apoio em todos os momentos.

A Brazil, meu companheiro e bênção do Senhor.

À Dra. Maria de Jesus Gomes e ao Dr. Alindo Araújo, pessoas muito que especiais que encontrei nesta caminhada.

Ao Professor Marcos Colares, meu prestativo e atencioso orientador neste trabalho e aos professores que aceitaram o meu convite para integrar a banca examinadora.

Se não vocês eu não conseguiria!

Muito obrigada.

*‘Toda a doutrina social que visa destruir a
família é má, e para nós inaplicável.
Quando se decompõe uma sociedade, o que
se acha como resíduo final não é o
indivíduo mas sim a família’*

Victor Marie Hugo

RESUMO

Aborda a colocação de crianças e adolescentes em família substituta sob as regras da Lei Nacional de Adoção, como instrumento normativo destinado à efetivação do direito à convivência familiar e à garantia do pleno desenvolvimento desses indivíduos. Apresenta os princípios basilares no estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando a Proteção Integral e o Superior Interesse da Criança. Analisa as principais modificações inseridas pela lei nº 12.010/2009 ao instituto da adoção. Descreve a evolução histórica, cultural e jurídica do conceito de família, culminando com o seu atual entendimento norteador pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Aponta as principais modalidades de acolhimento de crianças e adolescentes e o funcionamento da política de atendimento no intuito de possibilitar a reintegração familiar ou a colocação em família substituta.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente, Família Substituta, Mudanças da Nova Lei de Adoção.

ABSTRACT

Discusses the placement of children and adolescents in a substitute family under the rules of the Brazilian Law of Adoption, as a normative instrument for the realization of the right to family life and to guarantee the full development of these individuals. Presents the basic principles in the study of the Child and Adolescent, highlighting the Integral Protection of Children and Higher Interest. Analyze the main modifications inserted by Law 12.010/2009 for the institute of adoption. Describes the historical development, cultural and legal of the concept of family, culminating with his current understanding guided by the Principle of Human Dignity. It points out the main types of childcare and adolescents and operation of health care in order to promote the reintegration family or placement in a substitute family.

Key words: Right of the Child and Adolescent, Substitute Family, Changes of the New Law of Adoption

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRECEITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 O reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente.....	12
1.2 A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	16
1.3 O funcionamento da política de atendimento dos direitos da criança e adolescente.....	20
2 UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	24
2.1 A transformação do conceito de família: contextos histórico, cultural e jurídico.....	24
2.2 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio norteador das novas relações familiares.....	29
2.3 A promoção da família natural.....	33
3 A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA	34
3.1 O direito ao convívio familiar no ordenamento jurídico brasileiro.....	34
3.2 Modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.....	38
3.2.1 Guarda.....	39
3.2.2 Tutela.....	40
3.2.3 Adoção.....	41
3.2.3.1 Adoção Internacional.....	43
3.3 Mudanças da Lei nº 12.010/2009 ao instituto da adoção.....	45
3.4 Abordagem acerca do acolhimento de crianças e adolescentes.....	49
4 OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À REINTEGRAÇÃO FAMILIAR NO BRASIL	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traz princípios e regras que tornaram objetivos do Estado brasileiro a satisfação e realização das necessidades humanas e da promoção da sua dignidade. As transformações da sociedade brasileira refletiram também nessa Constituição, que considerou a família o local para o desenvolvimento dos interesses existenciais e individuais da pessoa humana e ‘a base da sociedade’.

A matéria ‘Infância e Juventude’ também recebeu tratamento prioritário e especial com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). São compreendidos como sujeitos, e não mais objetos de direitos.

De acordo a estrutura do trabalho, pretende-se estudar as possíveis consequências das mudanças ocorridas a partir da vigência da Nova Lei de Adoção e de que forma deve ser compreendido o direito ao convívio familiar das crianças e adolescentes à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente: considerando o atual contexto social que rege as relações familiares e, sobretudo, o princípio da Proteção Integral e o do Melhor Interesse da Criança.

No primeiro capítulo serão abordados o processo histórico de reconhecimento e a atual configuração dos direitos das crianças e dos adolescentes à luz de seu Estatuto próprio, enfatizando os seus princípios norteadores, sobretudo o Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente e o do Melhor Interesse da Criança. Também haverá uma análise acerca das políticas de atendimento, como forma de efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil.

No segundo capítulo será realizado um estudo sobre os contextos histórico, social e jurídico que ocasionaram mudanças do conceito e das formas de organização das famílias. Será ressaltado o novo modelo de família em face da Constituição e do Código Civil de 2002, baseado na afetividade e na solidariedade entre os membros, e de que forma o reconhecimento dessas relações familiares pode garantir a proteção às crianças e aos adolescentes.

O terceiro capítulo tratará da colocação de crianças e adolescentes em família substituta, como forma de solucionar situações de abandono e de impossibilidade de manutenção destas na sua família natural. Tal medida pode se efetivar nas modalidades de guarda, tutela e adoção, as quais serão conceituadas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e as modificações trazidas pela Lei nº 12010/2009 (Lei Nacional de Adoção).

O quarto capítulo apresentará os principais dispositivos acerca da Lei nº 12010/2009, buscando entender as finalidades dessas modificações, refletindo sobre novos meios de se efetivar o Direito ao Convívio Familiar às crianças e aos adolescentes.

Quanto à metodologia adotada na elaboração do presente estudo monográfico, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental pertinente ao objeto de estudo, buscando fontes da doutrina jurídica e política. Destacamos também o uso da *internet* para a obtenção de legislações e artigos científicos.

1 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1.1 O reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente

Segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, “a evolução do tratamento jurídico da criança e do adolescente pode ser classificada em quatro etapas.”¹

A primeira fase foi denominada como a *da absoluta indiferença*, em que não existiam normas relacionadas aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A segunda, denominada *fase da mera imputação criminal*, caracterizava-se por um período em que as leis tinham o único propósito de coibir a prática de ilícitos por aquelas pessoas, tendo como exemplos as Ordenações Afonsinas e Filipinas.

Posteriormente imperou a *fase tutelar*, incentivando a promoção à integração social e familiar da criança, porém com tutela reflexa dos interesses pessoais dos adultos. Um modelo dessa fase foi o Código de Menores de 1979.

Por fim apresenta-se a *fase da proteção integral*, em que as leis reconhecem direitos e garantias às crianças, entendendo-os como seres em desenvolvimento. É o contexto em que se insere o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por muito tempo, a criança foi vista como uma propriedade dos pais, a quem competia dirigir a sua formação. Por tal motivo, não havia a preocupação nem do Estado nem da comunidade internacional em garantir seus direitos.

A situação passaria a mudar seguindo as profundas transformações da sociedade e os grandes acontecimentos na História. Em meio a imposições da classe operária por melhores condições de trabalho, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho, que aprovou Convenções que versaram acerca dos direitos de crianças.

Fatores que também desencadearam uma maior preocupação com os direitos das crianças e dos adolescentes foram a Primeira e Segunda Guerra Mundial. Com o saldo final das Guerras, muitas crianças restaram abandonadas. Em meio a uma situação de indignação, a União Internacional Salve as Crianças elaborou a Declaração de Genebra e a apresentou na Assembleia Geral da Liga das Nações.

¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada, São Paulo: LTR, 2002, p. 26.

A Declaração de Genebra em 1924 foi um marco na manifestação internacional em prol dos direitos dos menores, contemplando a proteção à infância em todos os seus aspectos, porém não tratava as crianças como sujeitos de direitos, mas sim como objeto de proteção.

A Declaração de Genebra foi seguida, então, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, e foi considerada uma complementação à Declaração dos Direitos do Homem. Considerava a criança um ser ao qual se deve dispensar proteção legal e cuidados especiais em decorrência de sua maturidade física e mental. A criança passou a ser erigida a sujeito de direitos, pois a Declaração estabelece, dentre outros, os princípios da proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e a responsabilidade dos pais num ambiente de afeto e segurança moral e material e de proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração. Também é mencionado no texto da Declaração o Princípio do atendimento ao Superior Interesse da Criança.

O ano de 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança, e em que a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas organizou um grupo encarregado de preparar a Convenção sobre os Direitos da Criança. A Convenção foi assinada em 20 de novembro de 1989, priorizando proteção especial e prioritária à criança como um ser em desenvolvimento e enfatizando a importante contribuição do ambiente familiar neste processo.

As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude foram proferidas no 7º Congresso das Nações Unidas realizado em Milão, em 1985, conhecido como Regras de *Beijing*. Consistiam em recomendações que estabeleceram garantias acerca dos atos judiciais em que crianças ou adolescentes figurem como autores de ilícitos penais.

A Convenção sobre os direitos da criança, aprovada no Brasil em 26 de janeiro de 1990 na cidade de Nova York também foi um importante instrumento para o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, acolhendo a concepção do desenvolvimento integral da criança, fundamentando-se nos direitos fundamentais do homem na dignidade e no valor da pessoa humana, reafirmando o maior interesse da criança e os direitos da infância a cuidados e assistência especiais e a importância da família para o desenvolvimento de sua personalidade. Foi promulgada no Brasil no dia 21 de novembro de 1990, e por meio dessa norma, o Brasil se comprometeu a tomar todas as medidas necessárias a efetivar e os direitos da criança.

A Convenção de Nova York também estabeleceu a existência do Comitê sobre os Direitos da Criança, para acompanhar e implementar a política de proteção e asseguramento dos direitos referidos na Convenção.

Na 45ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, aberta no dia 24 de setembro de 1990 e que teve a participação de 70 chefes de Governo, os Estados economicamente desenvolvidos, sentindo-se responsáveis pelo aumento da miséria nos países subdesenvolvidos acordaram a conversão de parte da dívida externa brasileira em investimentos no setor social. Parte desses investimentos foi direcionada para o desenvolvimento de programas relacionados à infância e à juventude, tendo repercussão internacional os projetos geridos pelo Ceará com aplicação de verbas especificamente nesta área.

A Declaração pelo direito da criança à sobrevivência, à proteção e ao desenvolvimento foi resultado do primeiro Encontro Mundial em Favor da Criança, promovido pela ONU, destinando uma significativa verba para o tratamento de doenças e combate à fome nos países subdesenvolvidos. O plano de ação adotado na ONU apontou objetivos para garantir a sobrevivência, proteção e desenvolvimento da criança, para que os Estados atuem na redução dos índices de desnutrição, mortalidade infantil e materna, na garantia de água potável e sistemas de esgoto e instalações sanitárias e no investimento em educação.

É importante ressaltar que a única Constituição brasileira a estabelecer os direitos da criança e do adolescente foi a de 1988. Esse ‘esquecimento’ pode ser explicado pelo fato de o direito da criança e do adolescente estar incorporado ao Direito de Família, exercido pelo pai e pela mãe. O que disso se pode concluir é que, antes do advento da Constituição de 1988, havia certa negligência do Estado em face dos direitos dos menores e não existiam instrumentos jurídicos capazes de tutelar uma criança retirada do seio familiar.

Tal perspectiva refletia o Código de Menores, Lei nº 6.697 de 1979, antes da criação do ECA. Segundo a denominada Teoria da Situação Irregular, as crianças e os adolescentes eram tidos como objetos de medidas judiciais, quando se evidenciavam as situações irregulares que escapassem da normalidade e representassem uma ameaça à paz social. Servia, então, de instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado e de seus direitos básicos. Sua incidência era limitada às situações reveladoras de patologia social.

No art. 2º do Código de Menores foram descritas dez situações consideradas ‘irregulares’, referindo-se às crianças e adolescentes que viviam como vadios, mendigos,

delinquentes, explorados e vítimas de maus tratos. Desta forma, o Código de Menores era dirigido às vítimas de omissões e transgressões da família, da sociedade e do Estado. Definida a Situação Irregular, o menor era submetido à autoridade de juiz de menores, que aplicava a lei, detinha os poderes de vigiar, proteger, regular a vida dos menores e de definir as medidas mais adequadas para as crianças e adolescentes em situação irregular.

A partir do Código de Menores o termo *menor* passou a ser interpretado com discriminação, principalmente com a criação de instituições de internamento dos adolescentes infratores para a medida de ressocialização, o que muito se assemelhava com uma prisão. A aplicação desta medida não se estendia aos infratores ou em alguma situação de abandono. Essas políticas públicas de atenção ao menor eram fundamentadas em práticas punitivas, disciplinares e discriminatórias.

Wilson Liberati² ensina que:

O Código revogado não passava de um Código Penal do 'Menor', disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aqueles sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem que, na verdade, eram seres privados de seus direitos.

Em junho de 1987, um movimento liderado pela Sociedade Brasileira de Pediatria, Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a Federação Nacional das Sociedades Pestalozzi e o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua propuseram à Assembleia Nacional Constituinte a Emenda Popular 'Criança, Prioridade Nacional', com o fito de interceder para que a nova Constituição contivesse dispositivos relacionados à promoção e à defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. O resultado desse Movimento foi a tal proposta aproveitada, constando dos artigos 227 a 229 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada internamente pelo Decreto Legislativo 28/90, e promulgada pelo Decreto de Execução 99710, razão pela qual integralmente o Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, na condição de norma suprallegal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069, de 13/07/1990) foi sancionado, como uma legislação infraconstitucional e em obediência às normas contidas na

² IBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2002, p 13.

Constituição. Foi fruto de grandes discussões, gerando divergências de opiniões; de um lado, o Ministério Público de São Paulo, a *United Nations Children's Fund* (UNICEF) e o Centro Brasileiro para Infância e Juventude e o Movimento dos Meninos e Meninas de Rua, que pressionavam por mudanças significativas e abrangentes na legislação acerca da matéria; de outro, magistrados das Varas da Infância e da Juventude que opinavam por pequenas modificações no Código de Menores. O Movimento ocasionou a aprovação do reiterado Estatuto.

Recentemente, a Lei nº 8069/1990 (ECA) foi modificada pela Lei nº 12.010/2009. Perante tal confrontação de entendimentos percebe-se que o ECA é um grande avanço jurídico que contém uma proposta humanística e que redireciona o eixo do direito para as questões pertinentes às crianças e adolescentes, tornando-os sujeitos de direito, por meio da Teoria da Proteção Integral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, enfim, disciplina regras que objetivam a colocação desses seres em desenvolvimento em uma posição privilegiada na sociedade, dignas de proteção e garantia de direitos.

1.2 A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente

É necessário, para a compreensão deste tema, ressaltar alguns conceitos. O que se pode entender de ‘princípio’? Segundo a definição de Canotilho, que distingue princípios e normas:

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma opção compatíveis com vários graus de concretização, consoante com condicionamentos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem as regras antinômicas excluem-se.”³

³ CANOTILHO, J.J. *Comes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.

O conceito de criança e adolescente está disposto no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: criança, para os efeitos da Lei nº 8.069/1990, é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos; adolescente, é aquele cuja idade está entre doze e dezoito anos. Adotou-se no Estatuto o critério cronológico.

Essa distinção conceitual de ‘criança’ e ‘adolescente’ se faz necessária e em alguns dispositivos, como na apuração do ato infracional, ressaltando que só aos adolescentes podem ser atribuídos tais atos; às crianças somente serão aplicadas medidas de proteção, ao passo que aos adolescentes também poderão ser aplicadas medidas socioeducativas. Quanto à sua colocação em família substituta, a criança poderá opinar, mas ao adolescente é necessário o seu consentimento.

Esclarecidos esses conceitos, passaremos a tratar acerca dos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Proteção Integral veio substituir a Doutrina da Situação Irregular, mencionada anteriormente. Considera as crianças e os adolescentes como titulares de direitos, e não mais objetos de medidas judiciais. São destinatários de absoluta prioridade e direitos erigidos a posição de direitos fundamentais, devido à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual. O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe:

Art. 3º A criança e o adolescente goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A Proteção Integral tem caráter assecuratório, garantindo um mínimo de direitos necessários à sobrevivência das crianças e aos adolescentes, e protetivo, ao determinar no art. 5º do ECA que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e ao regular, no seu art. 98, medidas de proteção a situações de ameaça de violação de direitos.

A Doutrina da Proteção Integral está disposta em normas internacionais de proteção de Direitos Humanos (como a Declaração de Direitos do Homem de 1948, a Declaração Universal de Direitos da Criança, as Regras de *Beijing* e a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança), na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em normas administrativas. Esse conjunto de normas integra o sistema de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Not e-se a necessidade da interpretação sistemática dos dispositivos referentes aos direitos das crianças e dos adolescentes, havendo uma positivação desses direitos humanos, que, a partir da inserção ao texto constitucional tornam-se fundamentais.

Deve-se entender que a Doutrina da Proteção Integral está em conformidade com o fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; com os objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos. A proteção à infância (interpretada em sentido amplo, compreendendo também a juventude), é direito social amparado pelo art. 6º da Constituição federal. A tutela desses direitos também está disposta no art. 227 da Constituição, que para isso conclama o Estado, a família e à sociedade. Há, aí, uma competência difusa reproduzida também no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 227 da Constituição reflete a Prioridade Absoluta e o Estatuto praticamente reproduz a sua transcrição:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) prioridade de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O Interesse Superior da Criança e do Adolescente é um valor que orienta a proteção desses seres em desenvolvimento e determina de que forma os seus direitos devem ser concretizados, dispondo que toda intervenção deverá atender prioritariamente aos interesses dos menores. Segundo alguns doutrinadores, este Princípio se apresenta como um exame de razoabilidade na aplicação de normas referentes aos direitos da criança e do adolescente.

A Proteção Integral, a Prioridade Absoluta e o Interesse Superior da Criança e do Adolescente podem ser considerados metaprincípios, devido à sua posição valorativa, ao orientar a aplicação de outros princípios e normas referentes ao Direito da criança e do adolescente.

Coexistem outros Princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, derivados da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta. Eles estão elencados no art. 100 do Estatuto

A *condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos* consiste no entendimento de que esses seres não mais são objetos de proteção, mas titulares de direitos específicos, além dos assegurados aos adultos;

O Princípio da *responsabilidade primária e solidária do Poder Público* determina à administração pública, nas três esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento, conferir a efetivação dos direitos assegurados pelo Estatuto;

A *privacidade* preza pelo respeito à intimidade da criança e do adolescente, quando da promoção dos seus direitos;

O Princípio da *intervenção precoce* determina a ação das entidades de atendimento assim que seja conhecida a situação de risco ou violação dos direitos da criança ou do adolescente;

A *intervenção mínima* dispõe que a ação deve ser adstrita ao que for proporcional para afastar a situação de perigo e violação aos direitos da criança ou do adolescente;

O Princípio da *proporcionalidade e atuidade* consiste na intervenção necessária e adequada à situação em que se encontra a criança ou o adolescente;

Pelo Princípio da *responsabilidade parental*, os pais devem assumir os deveres de assistir e criar a criança e o adolescente;

A *prevalência da família* consiste na promoção de medidas de integração da criança e do adolescente em convívio familiar, posto que a família é considerada o local ideal para o seu pleno desenvolvimento. Além da família natural, o Estatuto também traz o conceito de família ampliada, e após o esgotamento das tentativas de reintegração na família de origem permite a colocação em família substituta;

A *obrigatoriedade de informação* dispõe que a criança e o adolescente tenham respeitada a sua capacidade de compreensão e o estágio de desenvolvimento, e também seus pais ou responsáveis devem ser informados acerca dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

O Princípio da *ativa obrigatória e participação* estabelece que crianças e adolescentes tenham direito a serem ouvidos, ter suas opiniões consideradas e participar acerca das medidas de promoção e proteção dos seus direitos.

Apesar de os princípios derivados estarem elencados na Seção acerca das medidas de proteção, estende-se a aplicação a todo o Direito da Criança e do Adolescente.

1.3 O funcionamento da política de atendimento dos direitos da Criança e do Adolescente

Por política de atendimento entende-se o conjunto de ações e programas que sob a condição de garantir a dignidade da pessoa humana, promovem o bem estar coletivo e atendem a demandas específicas, administrando os recursos disponíveis e buscando outros que possa auxiliar na busca constante da projeção dos direitos fundamentais.

A política de atendimento surge com um intuito coletivo para abranger o bem estar universal e também das pessoas que estiverem em uma situação específica. A expressão ‘política’ traz ínsito o significado de administração de recursos, de atividades voltadas a um grupo de pessoas.

O Estatuto indica, no art. 87, as linhas de ação da política de atendimento. São âmbitos de operação necessários à consecução dos fins sociais a que o Estatuto se destina.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitam;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente;

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

VI - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente interracial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Deve-se considerar que a política de atendimento às crianças e aos adolescentes possui diversas formas de atuação, a fim de assegurar os objetivos almejados pelo Estatuto.

As políticas sociais básicas são as destinadas à universalidade de crianças e adolescentes, e são voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais elencados no art. 227 da Constituição Federal.

As políticas de assistência social têm como destinatários segmentos de crianças e adolescentes, em estado permanente ou temporário de necessidade. As políticas de proteção especial abrangem crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social.

As políticas de garantias destinam-se à defesa jurídico-social de direitos, por meio de integração entre a sociedade e todos os órgãos e entes que compõem o eixo de defesa do Sistema de Garantia dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes.

Conforme disposto no art. 203 do Estatuto, a assistência social tem por objetivos, dentre outros, a proteção à família, à infância e à adolescência, bem como o amparo às crianças e adolescentes carentes. A assistência social é direcionada à garantia de direitos, sendo destinada aos indivíduos ou grupos submetidos a situações de vulnerabilidade e riscos. Segundo a Lei Orgânica da Assistência Social, há uma política integrada de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o enfrentamento das demandas sociais.

Segundo a Resolução 109 do Conselho Nacional de Assistência Social, essas ações são classificadas entre *proteção social básica* (que é de cunho inibitório e tem como objetivos a convivência, a socialização e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários) e *proteção social especial* (atendimento destinado aos que se já se encontram em situação de risco pessoal ou social devido a situações variadas). Esta proteção social especial pode ser de média ou de alta complexidade. A média complexidade atende às famílias e aos indivíduos com direitos violados, porém com vínculos familiares ainda não rompidos. A alta complexidade abrange uma assistência integral a indivíduos que se encontram sem referência familiar ou em situação de ameaça, necessitando ser retirados de seu núcleo familiar ou comunitário.

É na proteção social especial de alta complexidade que estão incluídos os programas de acolhimento institucional e familiar às crianças e adolescentes, e em suas diversas modalidades, o que será bastante explorado ao longo deste trabalho. Importante ressaltar que esses programas devem ter caráter excepcional e temporário, a fim de efetivar a crianças e adolescentes o direito ao convívio familiar.

A política de atendimento delineia planos de atuação segundo diretrizes de descentralização e articulação, ressaltando a participação popular nas deliberações acerca das políticas públicas e a divisão de atribuições a todos os entes da Federação conforme o art. 100 do Estatuto, competindo à União ditar as normas gerais e coordenar essa política, por meio do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Aos Estados cabe a normatização na área sob sua circunscrição por meio dos Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e o apoio técnico e financeiro aos municípios e às entidades não governamentais. Já aos Municípios compete realizar os programas de atendimento direto e diligenciar para a sua efetiva realização.

O próprio Estatuto prioriza a municipalização do atendimento ao defini-la como uma das diretrizes da política de atendimento. Aos municípios foi atribuída maior responsabilidade na execução local dessa política e parcela de poderes da União e dos Estados-membros. A municipalização consiste na competência de integração dos recursos municipais de atendimento às crianças e adolescentes, da criação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares, possibilitando a efetiva implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes.

Para a garantia dos direitos em questão, há uma integração entre as entidades de atendimento, que podem ser governamentais (Ministério Público, Defensoria Pública, Magistratura, Delegacias da Criança e do Adolescente, Órgãos de Defesa do Consumidor, Conselhos de Direitos Humanos e da Cidadania) e da sociedade civil (Comissão de Direitos da OAB, Associação Brasileira de Imprensa e Movimento Nacional de Direitos Humanos, como exemplos).

Essas entidades, a partir da inscrição de seus programas e regimes de atendimento, são responsáveis pelo seu planejamento e execução. As entidades de atendimento podem desenvolver programas de proteção, geralmente voltado à colocação de crianças e adolescentes em família substituta, ou socioeducativos, com acompanhamento das medidas profiláticas e retributivas, com objetivo de ressocialização. Os recursos para a execução de suas funções podem ser públicos ou privados, sendo que, para a disponibilização de verbas públicas é necessária prévia dotação orçamentária dos órgãos públicos e a comprovação de estar em conformidade com os princípios e as exigências contidas no ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu art. 90 diferentes regimes de atendimento. Vejamos:

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I - orientação e apoio sócio-familiar;
- II - apoio sócio-educativo e meio aberto;
- III - colocação familiar;
- IV - acolhimento institucional;
- V - liberdade assistida;
- VI - semi-liberdade;
- VII - internação.

Os regimes que interessam ao presente trabalho e aos quais será dada ênfase são a orientação, o apoio sociofamiliar, a colocação familiar e o acolhimento institucional e

familiar. Teceremos então, as principais características de cada um desses regimes. Ao longo do trabalho esses temas serão abordados de forma mais abrangente.

A medida de orientação e apoio sociofamiliar visa a promoção à convivência da criança e do adolescente no ambiente familiar, ao entender que este é o lugar ideal para o seu desenvolvimento, e considerando o dever da família de assegurar a observância dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O Estatuto promove a manutenção da família natural, em que os membros estejam ligados pela consanguinidade e pela afetividade.

A colocação familiar é objeto de tópico separado neste trabalho. Visa garantir o direito à convivência familiar e em família substituta às crianças aos adolescentes desprovidos da família natural, ou que tenham sido retirados do vínculo familiar para que passe a integrá-la. Essa colocação pode ser efetuada mediante guarda, tutela ou adoção, após procedimento legal estabelecido no Estatuto, e depois de esgotadas as possibilidades de manutenção em família natural.

O programa de acolhimento para as crianças e os adolescentes em situação de risco, com vínculos familiares rompidos ou que necessitem ser afastadas de suas famílias de forma excepcional e temporária, enquanto se busca a reestruturação da família natural. O acolhimento pode ser familiar ou institucional. Recebe adolescentes encaminhados pelos Conselhos Tutelares e outros órgãos e entidades.

O acolhimento familiar, apesar de não estar inserido no art. 90 do ECA, também considerado regime de atendimento. Transfere a uma família acolhedora, devidamente cadastrada no programa, os cuidados especiais necessários à criança e ao adolescente, para que estes possam ser reinseridos na família natural.

O programa de acolhimento institucional para crianças e adolescentes junto a entidades governamentais ou não governamentais de atendimento, proporciona acolhimento temporário com garantia de cuidados e acompanhamento psicossocial até que a situação de risco seja eliminada e ocorra o restabelecimento dos vínculos familiares ou colocação em família substituta.

É importante ressaltar que, segundo a redação da Lei nº 12.010/2009, a permanência das crianças e dos adolescentes em programas de acolhimento institucional ou familiar deverá ser reavaliada semestralmente, e, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional o juiz decidirá pela possibilidade de reintegração familiar ou a colocação em família substituta.

A fiscalização das entidades de atendimento fica a cargo do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares, e as entidades que

recebem recursos públicos para a execução de seus programas devem prestar contas ao ente que os custeou.

2 UM NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 A transformação do conceito de família: contextos histórico, cultural e jurídico

Ao longo da História, os agrupamentos humanos se apresentaram no decorrer dos séculos sob diversas formas e finalidades. Alguns sociólogos defendem a tese de que em um primeiro momento histórico inexistiam entre os homens e as mulheres vínculos de exclusividade. Outros, contudo, defendem a natureza monogâmica do ser humano como ponto de partida para um agrupamento, primeiro sob a chefia da mulher (matriarcado), seguindo-se da chefia masculina (patriarcado).⁴

O termo ‘família’ deriva do latim ‘familus’, que significa ‘escravo doméstico’, que fazia pertença ao patriarcado do *pater*. O termo surgiu na Roma Antiga para designar um novo grupo de pessoas introduzido nas atividades de agricultura e de escravidão legalizada.

As primeiras famílias tiveram a sua importância considerada, à medida que exerciam uma função de proteção contra agentes externos e invasões, em um momento de fragilidade do Estado.

A organização romana é essencial para estabelecer as bases da compreensão do conceito de família, que está em crescente transformação. A família naquele momento histórico era uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se agregava em torno da figura masculina. É a partir de Roma que a união entre um homem e uma mulher passa a interessar ao mundo jurídico, gerando nele seus efeitos.

O parentesco passou a ser observado nas famílias gregas e romanas, identificando-se com o culto aos antepassados, dirigido pelo *pater*, o chefe familiar, religioso e político. A família romana era organizada em torno da denominada ‘*família proprio iuri*’, composta

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, vol. V, p. 16-17.

pelas relações entre pessoas ‘sui iuris’ (pater famílias) e ‘alieno iuris’ (os dependentes sob sua autoridade: mulher, filhos e escravos).

Comentando acerca do Edito de 212, Ulpiano⁵ define a *familia proprio iuri*:

D. 50. 16. 195. 2 A denominação família se refere também a significação de alguma corporação, que está compreendida ou no direito próprio dos seus membros indivíduos, ou em comum de toda a cognação. Por direito próprio chama-se família a muitas pessoas, que, ou por natureza, ou por direito, estão sujeitas à potestas de um só, por exemplo, o pai de família, a mãe de família, o filho de família, a filha de família, e os demais que seguem no lugar destes, como os netos e as netas, e os outros descendentes. Todavia, se chama pai de família o que tem o domínio da casa; e com razão é chamado com este nome, ainda que não tenha filhos, porque não designamos somente a pessoa dele, senão que também o seu direito.

Fato interessante a ser comentado é que o instituto da adoção surgira como uma forma de dar continuidade ao culto dos antepassados. Os que não tivessem filhos legítimos ou naturais podiam adotar como uma forma de "evitar a desgraça representada pela morte sem descendentes."⁶ e garantir a existência de herdeiros de um *pater famílias*.

A adoção realizou-se no Império Romano em duas modalidades: *adrogatio* e *adoptio*. A *adrogatio* consistia na adoção de pessoas *sui iuris*, com o consentimento do adrogante e do adrogado sobre as pretensões de adoção; a *adoptio* era a adoção por pessoas *alieno iuris*, por determinação de um magistrado.

As relações de parentesco em Roma consistiam em duas modalidades: a *agnatio* e a *cognatio*. A *agnatio* era a designação dada aos unidos por parentesco aos ascendentes do sexo masculino. Pela *cognatio*, o que unia os membros da família era a consanguinidade, baseando-se na descendência comum dos parentes de sexo feminino e masculino.

Podemos encontrar também com raízes no Direito Romano algumas formas de união entre homem e mulher, tais como a *confarreatio* (natri nônio religioso, na presença de dez testemunhas), *coemptio* (ceri nônia laica, uma espécie de venda simulada da mulher), *usus* (espécie de usucapião pelo qual a mulher que pertencesse casada por um ano ininterrupto passava a pertencer à família do homem) e mesmo até a figura do *concubinatus* (pernitiado por leis romanas como a *Lex Iulia de adulteriis*, e, apesar de não possuir os mesmos efeitos decorrentes do casamento, garantia o surgimento de efeitos legais e algumas hipóteses como a regularização da prole comum).

⁵ ULPIANO. Comentários al Edicto. Libro XLVI (apud SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Direito Romano I: Direito de Família. Porto Alegre: 2007). Disponível em <www.6.ufrgs.br/direito/pessoais/marco/dir02214/familia.pdf. Acesso em 13 mar. 2011.

⁶ COULANGES. Foustel de La Gré Antique, 18. Ed., Paris, 1903, p. 55 (apud Silvio Rodrigues, Direito Civil, Direito de Família, 6º volume, p. 332).

A partir da Idade Média, a Igreja, fortalecida e confundida com o próprio Estado, passou a interferir profundamente nos institutos familiares estatais, combatendo o aborto, o adultério e o concubinato e somente reconhecendo validade ao casamento eclesiástico.

Pela doutrina católica, o casamento constituía-se por meio do simples consenso dos nubentes e era um ato indissolúvel, com a função de garantir a ordem social.

De 1542 a 1563, os católicos reuniram-se em Trento, em uma reação católica aos movimentos provocados pela Reforma, e publicaram as normas do Concílio referentes ao casamento, reafirmando o seu caráter sacramental, enfatizando a indissolubilidade do matrimônio e reconhecendo a competência exclusiva da Igreja Católica para a sua celebração e validação.

Ao fim da Idade Média, em meio a movimentos de rejeição às verdades dogmáticas da Igreja Católica e de libertação da tirania monárquica, como a Reforma Protestante, que pugnava por um Estado Liberal, surgiu a ideia disciplinando o casamento não religioso.

A assinatura da Magna Carta garantiu amplos direitos e criou condições para o exercício de liberdades e direitos civis, em princípio à nobreza e posteriormente aos cidadãos da Inglaterra, o que faz emergir anseios burgueses.

A Revolução Francesa em 1789 muito contribuiu para a divulgação dos ideais liberais, solidificados no Iluminismo, que se sustentou em algumas bases: a legalidade, refletindo nos interesses burgueses; o enunciado de direitos e garantias individuais, refletindo na liberdade e na propriedade e o Liberalismo econômico.

A Revolução Industrial também foi causa de profundas transformações nas estruturas familiares, como a ocorrência de movimentos migratórios para cidades maiores e da integração da mulher à população ativa.

Entre os séculos XVIII e XIX, movimentos em favor do proletariado começaram a formar uma nova concepção do Estado Moderno. Acompanhado de ideias Iluministas, a justiça social emerge como valor fundamental nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919. A partir desses fatos, começa a surgir a ideia de um Estado que objetiva o bem-estar da coletividade, fundamentado na igualdade e assegurador de direitos e garantias fundamentais.

O Brasil, como colônia de Portugal, por muito tempo permaneceu sob o poderio dessa nação, que possuía forte ligação com a religião Católica (sua religião oficial), sofrendo grande influência das resoluções advindas do Concílio de Trento. A Igreja em Portugal exercia função de influência na constituição do Estado e na sociedade.

Com o descobrimento do Brasil, os costumes portugueses passaram a integrar as relações sociais brasileiras, sobretudo por meio dos conjuntos de leis e das imposições eclesiásticas oriundas daquele Estado. Ressalte-se as Ordenações do Reino que estabeleceu a influência no Brasil: Ordenações Afonsinas, de 1446; Ordenações Manuêlinas de 1512 e Ordenações Filipinas, de 1603. Esses textos legais estão entre os primeiros instrumentos jurídicos a vigorar efetivamente no Brasil, que moldaram as bases da organização social brasileira e de seus valores.

A análise das Ordenações Filipinas tem significativa importância para a compreensão da vida social brasileira, pois os principais aspectos que regulavam a vida privada foram reproduzidos nos Códigos que vigoraram no Brasil posteriormente. Para ressaltar a influência dessa legislação, ressalta-se que muitas de suas disposições vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Temos como exemplo a ideia de total submissão da mulher ao homem e em uma relação de ‘propriedade’ da mulher por parte do homem e a proibição à coabitação entre pessoas de níveis sociais divergentes.

O Brasil esteve caracterizado por uma realidade patriarcal, principalmente nas porções setentrional e nordeste da colônia, marcada pela descentralização administrativa local e concentração latifundiária, numa época em que o governo português não conseguia administrar com eficiência a totalidade do território brasileiro. Oliveira Vianna⁷ descreve essa sociedade patriarcal:

[...] sociedade organizada em torno das 'famílias senhoriais', de tradições aristocráticas, que comandavam os clãs parentais e que substituíam instituições de ordens administrativa e política, num sistema caracterizado pela concentração fundiária, escravidão, dispersão populacional e descentralização administrativa. Esta sociedade podia ser apreendida através de seus tipos sociais, suas instituições sociais e seus usos e costumes.

Vianna relaciona o fim dos clãs senhoriais a partir da abolição dos escravos, já que estes eram a fonte de produção das riquezas dos patriarcas. Acompanhando as transformações econômicas do Brasil, como a mineração e o cultivo do café no eixo Sul-Sudeste, também refletiram na organização das famílias, que se dispersaram e diminuíram em número de integrantes. O processo de urbanização e de industrialização também contribuiu para um novo modelo de família brasileira, que se caracterizava por uma maior independência econômica dos filhos e do aumento da participação da mulher no mercado de trabalho.

⁷ OLIVEIRA, F. J. de. Instituições Políticas Brasileiras. 2vol., Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

A primeira Constituição do Brasil, datada de 1824, somente tratou acerca da Família Imperial; não dispensou tratamento normativo às famílias constituídas pelos cidadãos, nem sequer ao casamento (apesar de só se reconhecerem socialmente as famílias constituídas a partir do matrimônio, comumente o eclesiástico). No ano de 1890, com a substituição do Império pela República, segregados os poderes religiosos e estatais, instituiu-se pelo Decreto no. 181, de 1890, do Governo Provisório, o casamento civil no Brasil, retirando do casamento religioso (o mais praticado na época) qualquer efeito jurídico.

A Constituição Federal de 1891 refletiu a nova forma de governo no Brasil, a República. No tocante à matéria 'família', houve o reconhecimento somente das uniões fundadas no casamento, mas não no eclesiástico, somente o matrimônio civil, ressaltando a separação dos poderes religiosos e Estatais. Foi sob a égide de tal Constituição que foi elaborado o Código Civil de 1916. Este Código não apresentou mudanças significativas na realidade de família brasileira, pois refletia o caráter patriarcalista e patriarcal da família, além de diferenciar os filhos havidos da relação de casamento (denominados filhos legítimos), dos gerados fora desta relação (ilegítimos) e dos nascidos de pessoas livres, porém não casadas.

A Constituição de 1934 foi influenciada pela Constituição de Weimar de 1917, já mencionada anteriormente. Ratificou o surgimento da família constituída por meio do casamento civil, ressaltando a proteção do Estado à organização familiar. Estabeleceu, porém, uma ressalva, atribuindo os mesmos efeitos da união civil ao religioso (perante o ministro de qualquer confissão religiosa, e não somente o realizado pela Igreja Católica), desde que observadas as disposições da lei e fosse inscrito no Registro Civil. A família recebeu tratamento especial no capítulo I do título V, "Da Família, da Educação e da Cultura".

A Constituição de 1937 também dispôs sobre a família em um capítulo em separado. Apesar de ratificar o reconhecimento do casamento indissolúvel como elemento formador de famílias, deixou de especificar se a união merecedora de reconhecimento seria somente a civil ou também a religiosa. Estabeleceu as responsabilidades, tanto dos pais na educação dos filhos, quanto do Estado, a fim de facilitar a execução desse dever. A Constituição ainda propõe a responsabilização por abandono moral, intelectual ou afetivo de crianças e jovens, além de atribuir ao Estado o dever de preservá-los física e mentalmente.

A Constituição de 1946 consagrou no Título VI e capítulo I direitos para a Família. A família, segundo suas disposições, é aquela constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, possuindo proteção especial do Estado, considerando-a não somente pelo

vínculo do matrimônio que a instituiu, mas também pela pessoa de seus membros, no que diz respeito a direitos civis e à assistência social.

A Constituição de 1967, no título IV denominado "Da família, da educação e da cultura", faz referências à família, agora com direito de ser protegida pelo Poder Público. Também repetiu os dispositivos da Constituição anterior no que diz respeito à produção de efeitos civis ao casamento religioso, além de reafirmar a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 revogou a regra de indissolubilidade do casamento, abrindo precedente para que a Emenda Constitucional nº 9, de 1977 normatizasse acerca da dissolução da sociedade conjugal, e respeitando assim a liberdade na livre constituição e na extinção do vínculo conjugal. Logo após, no mesmo ano, foi instituída a lei nº 6515 (Lei do Divórcio).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi portadora de profundas transformações no Direito de Família. A proteção à família e às suas diferentes formas de constituição (como o reconhecimento da união estável como formadora de vínculo familiar); a igualdade entre os cônjuges e os filhos, a liberdade, o bem-estar e a solidariedade entre os seus integrantes e a proteção às crianças e aos adolescentes vieram a ser elevadas à condição de direitos fundamentais. Diante de tais modificações, foi necessária uma adequação do Código Civil às normas constitucionais.

Segundo afirma José Afonso da Silva⁸:

A família é uma comunidade natural, composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do artigo 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (art. 227, § 6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio norteador das novas relações familiares

A família vem sofrendo transformações e acompanhando as mudanças religiosas, econômicas e socioculturais do contexto em que estão inseridas.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 775 e 776.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos’⁹.

O direito brasileiro passou a amparar e erigir a *status* constitucionais matérias como a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, mencionando como fundamento a dignidade da pessoa humana e elenca dentre os objetivos fundamentais ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’¹⁰.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, do qual se irradiam os demais; é valor nuclear da ordem constitucional, preocupando-se com a promoção dos direitos humanos e a justiça social. Daniel Sarmento¹¹ analisa este macrop princípio, que possui a função de representar o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando os atos estatais e as relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Assim a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da Constituição Federal, apesar de apresentar um valor axiológico bastante amplo, denota a posição de superioridade a que foram erigidos os direitos da pessoa e o seu bem-estar.

A Constituição de 1988 trouxe profundas e marcantes inovações, a fim de entrar em consonância com os princípios constitucionais de um estado Democrático de Direito. A proteção à família e o reconhecimento às suas formas de constituição passaram a ter na Constituição de 1988 linhas gerais, passando o Código Civil a se adequar a tais modificações. A família oriunda do casamento e da união estável (que passou a ser reconhecida como formadora de núcleo familiar) teve tratativa constitucional.

Com base em tal Princípio, a família é considerada um espaço de promoção da felicidade, do bem-estar e da dignidade das pessoas. Daí a razão de o art. 226 da Constituição Federal considerar a família ‘a base da sociedade’ e possuir ‘especial proteção do Estado’.

A Constituição, ao relacionar como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos e formas de discriminação, também evidencia a igualdade de todos perante a lei, realizando justiça e concedendo o mesmo tratamento aos que estiverem em uma mesma categoria.

⁹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

¹⁰ Art. 3º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

¹¹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 60

O Código Civil possui alguns dispositivos que esclarecem um novo conceito de família, fixado na igualdade de direitos e deveres recíprocos dos cônjuges (arts. 1151 e 1566); na mútua colaboração (art. 1157); na paridade de direitos e deveres do pai e da mãe no tocante à pessoa e aos bens dos filhos (arts. 1631 e 1690); na liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; no pluralismo das entidades familiares, derivada do direito à liberdade assegurado no art. 5º da Constituição e na proibição de diferenciação entre filhos havidos dentro ou fora do vínculo do matrimônio e adotados.

Pode-se realizar uma interpretação sistemática para a compreensão do Direito de Família, reafirmando o princípio da igualdade e da solidariedade entre os membros, não mais subsistindo a ideia de ‘pátrio poder’.

A Constituição, ao reconhecer a união estável como entidade familiar no art. 226 §3º, e ao admitir a filiação decorrente de outra origem que não o parentesco civil e consanguíneo, passou a reconhecer consequentemente o valor da afetividade nas relações familiares, pautada nos sentimentos e na felicidade para a realização pessoal de seus membros. Percebe-se, então, uma contextualização com as relações familiares contemporâneas.

Os direitos de igualdade, tanto entre homem e mulher, quanto entre os filhos e o pluralismo de entidades familiares não poderão sofrer limitações ou restrições por legislação ordinária, posto que são garantias constitucionais.

Também o artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação alterada pela Lei nº 12.010/2009, ao estabelecer os princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, incluiu a *prevalência da família* e das medidas que os mantenham ou reintegrem crianças e adolescentes na família natural ou extensa ou, se isto não for possível, integração em família substituta.

As espécies de parentesco previstas no Código Civil são: por consanguinidade, civil e por afinidade. Entretanto, a tendência da família contemporânea é basear-se no afeto, nos sentimentos. Pode-se concluir três critérios referentes ao conceito de filiação: biológico, jurídico e socioafetivo.

Silvio de Salvo Venosa^{1 2} discorre sobre o tema:

sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepõe a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica.

^{1 2} VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. v. 6. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2004.

A paternidade socioafetiva ratifica o princípio constitucional da paternidade responsável inserido pela Constituição no art. 226, § 6º. A presença de *posse de estado de filho* é requisito caracterizador da paternidade socioafetiva, observando, assim, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal).

A *posse do estado de filho* é decorrente do reconhecimento jurídico do afeto nas relações familiares e requisito essencial à caracterização do parentesco socioafetivo, traduzida na demonstração de um estado de filho. Caracteriza-se pela existência de direitos e deveres recíprocos entre pai e filho, baseado no afeto, sendo essa relação reconhecida pela sociedade.

O Código Civil, em diversos dispositivos em seu texto, demonstra a ocorrência do vínculo socioafetivo. São exemplos: a adoção judicial, o ‘filho de criação’ (reconhecimento de uma pessoa como filho, inexistindo vínculo jurídico ou biológico entre eles), a adoção à brasileira (o registro de uma pessoa como filho, sem observar as exigências e formalidades legais da adoção), o reconhecimento de filho (que é a declaração de existência de filho havido fora da relação do casamento), a reprodução humana assistida (que com os avanços científicos estabeleceu novas bases para o estabelecimento da filiação) e a presunção *pater is est* (na qual o marido da mãe age como pai, independentemente de ser ou não o genitor).

Ensina José Sebastião Oliveira^{1 3} :

a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros -- a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social -- é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

Nesse sentido, destaca-se um julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assim se posiciona acerca da matéria (grifei):

FILHO DE CRIAÇÃO ADOÇÃO SOCIOAFETIVIDADE No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando que mefetivamente são os pais. Apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de "filho de criação" não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. APELO DESPROVIDO (TJRS; AC 70007016710; Bagé; 8ª Câmara Civil; Rel. Des. Rui Portanova; Julg. 13/11/2003.)

^{1 3} OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do direito de família. RT, 2002.

Durante a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal fora aprovado o Enunciado nº 103¹⁴, que ofereceu uma importante explanação acerca do parentesco socioafetivo:

103 — Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

2.3 A promoção da Família Natural no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz alguns conceitos acerca da família, e a classifica em *natural, extensa ou substituta*.

A família natural compreende o ambiente social constituído por pessoas ligadas entre si pela comunhão da identidade genética, biológica, por meio do parentesco consanguíneo. Pode ser constituída de vínculos do matrimônio, da união estável ou do núcleo formados por ascendentes e descendentes. É a família cognata, segundo era conhecida pelo povo romano.

A família extensa, inovação da Lei Nacional de Adoção, é aquela considerada em uma perspectiva vasta, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. É aquela que ultrapassa o núcleo restrito composto pelos pais e filhos ou somente pelo casal.

A família substituta é a que se forma excepcionalmente, a fim de assegurar à criança e ao adolescente o direito ao convívio familiar, quando os vínculos com a família natural estão rompidos, ou esta não se mostra um ambiente adequado ao desenvolvimento desses seres. Alcança a guarda, tutela ou a adoção, que não prescindem de procedimento Judicial próprio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 100, dá nitida preferência às medidas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, e a lei nº 12010/2009, erigiu essa prevalência a Princípio.

¹⁴ Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://dal.ehj.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 13/04/2011.

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

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

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

No mesmo sentido dispõe o art. 16, inciso V da Constituição Federal:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

Para as crianças e os adolescentes, a família deve ser o ambiente ideal de desenvolvimento de suas habilidades e formação de seus valores morais, sociais, espirituais e cívicos, estruturando a personalidade para a vida adulta. Por esse motivo, devem ser esgotadas as tentativas de reintegração da criança e do adolescente no seio familiar natural, buscando a transitoriedade das medidas de acolhimento. Essa promoção do convívio familiar perpassa também pela implementação de programas de apoio, orientação e auxílio à família, conforme a regra do art. 19, §3º do Estatuto.

3 A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

3.1 O direito ao convívio familiar no ordenamento jurídico brasileiro. Como reparar a sua violação?

Como já comentado no tópico anterior, a Constituição de 1988, tendo como norte o Princípio da Dignidade Humana e contextualizando-se com as mudanças da sociedade, ampliou a tutela dos vínculos familiares, tendo em vista que a realização pessoal e o bem estar de seus membros, baseado no afeto, tornaram-se os objetivos principais da família.

A convivência familiar é direito fundamental e mostra-se de profunda relevância para a proteção e o desenvolvimento da criança e do adolescente, de modo que a falta da assistência origina prejuízos à formação da criança e caracteriza o descumprimento dos deveres de assistência moral e proteção, impostos pelo poder familiar.

O ordenamento jurídico brasileiro confere aos pais deveres decorrentes do exercício do poder familiar. O art. 227 da Constituição Federal, seguido do art. 4º do Estatuto, atribui à família, à sociedade e ao Estado 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. No mesmo sentido, o art. 229 da Constituição confere aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

O Código Civil indica no art. 1.566, IV o dever conjugal de sustento, guarda e educação dos filhos e em caso de separação ou divórcio dos pais, sempre se deve ter como princípio norteador o melhor interesse das crianças.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 19 ratificou o direito dos filhos de serem criados e educados no seio da sua família. A convivência da criança e do adolescente no meio comunitário também é essencial para que a criança e o adolescente amadureçam os valores sociais e de uma vida cidadã. Este direito também está amparado pelo Estatuto e pela Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido O Código Civil, em seu artigo 1.634, impõe como deveres conjugais, o sustento, criação, guarda, companhia e educação dos filhos (1.566, IV). Já os artigos 1.583 a 1.590 discorrem sobre a proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal.

Conforme ensina Gsel da Mária Fernandes Novaes Hronaka^{1 5},

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e máxima e patriarcal do pátrio poder.

O ordenamento jurídico prevê penalidades em casos de abandono afetivo. O ECA, no art. 249, prevê a penalidade nos casos de infração de menor gravidade. A referida multa pode ser aplicada por analogia aos casos de abandono afetivo e almeja

^{1 5} HRONAKA, Gsel da. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Disponível no site www.abmp.org.br, acesso em 20 de abril de 2011.

coibir a prática omissiva dos pais de forma reiterada, possuindo um caráter mais pedagógico do que reparador, visto que o valor auferido não se reverte em favor da criança ou adolescente abandonado, mas sim em benefício do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

As punições para o descumprimento das obrigações do poder familiar estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil e também no Código Penal. O rol das medidas aos pais e responsáveis pelo descumprimento desses deveres estão elencados no art. 129 do Estatuto, e são: advertência, perda da guarda, destituição da tutela, perda e destituição do poder familiar.

Também o Código Civil, nos arts. 1.635 a 1.638, autoriza o juiz ou o Ministério Público a aplicar a medida adequada à preservação dos interesses do menor, podendo ocorrer até a suspensão do poder familiar.

O Código Penal trata do abandono material e intelectual dos filhos, previstos nos artigos 244 a 246, tipificando os crimes contra a assistência familiar.

Apesar da existência de normas assecuratórias dos direitos dos filhos, passou a ser cada vez mais habitual invocar a possibilidade de responsabilização civil para a reparação dos danos na relação paterno-filial em virtude do abandono afetivo.

Essa discussão ainda gera polêmica entre doutrinadores, inclusive nos tribunais, em uma época de ampliação da tutela de direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes. O que adere à possibilidade de reparação indenizatória se baseia na ofensa à dignidade da pessoa dos filhos e ao direito à convivência familiar, que gera danos irreversíveis ao desenvolvimento de sua personalidade.

Maria Berenice Dias¹⁶ ensina:

No momento do julgamento da lide que tem por objeto a reparação de danos por abandono afetivo paterno-filial, o juiz decidirá através do conjunto probatório que buscará demonstrar o dano causado e sua extensão. Tal

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed. Atual. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 407e 408.

comprovação é facilitada pela interdisciplinaridade, que está cada vez mais presente no âmbito do direito de família e tem levado o conhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e saudável desenvolvimento do filho. Não se trata de inpor um valor ao amor, mas reconhecer que o afetivo é um bem muito valioso.

O direito à convivência familiar, quando violado ou ameaçado de violação, necessita ser restabelecido à criança e ao adolescente. As soluções estão dispostas na aplicação de medidas de proteção, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 98:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

O art. 101 do mesmo Estatuto apresenta as medidas de proteção aos direitos das crianças e adolescentes (grifei as medidas adequadas ao caso de rompimento do vínculo familiar):

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;**
- III - matrícula e frequência obrigatórias e matriculamento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;**
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;**
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;**
- IX - colocação em família substituta.**

O ECA, reforçado pelas mudanças incluídas pela Lei nº 12.010/2009, promoveu o convívio familiar a ponto nuclear e princípio basilar da proteção da criança e do adolescente, entrando em consonância com as regras contidas na Constituição Federal. Há uma busca permanente pela preservação das relações familiares, para que haja o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes e o bem-estar de todos os integrantes da entidade familiar. O Estatuto propõe o auxílio e a orientação das famílias, em caráter preventivo e protetivo, bem como, em casos de vínculos familiares rompidos, determina medidas de acolhimento de crianças e adolescentes visando a reestruturação

da relação com a família natural ou, em último caso, a colocação em família substituta e forma de guarda, tutela ou adoção (esta, por ser medida definitiva e irrevogável, é a última alternativa para o restabelecimento do convívio familiar à criança e ao adolescente).

3.2 Modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta

A colocação em família substituta é um regime de programa protetivo dos direitos das crianças e dos adolescentes que regulariza a permanência de crianças ou adolescentes em outra família distinta da natural, assegurando-lhes o direito à proteção integral e à convivência familiar e comunitária. Existe sob três formas: guarda, tutela e adoção. Na execução dessa medida, devem ser observados alguns critérios, dispostos no art. 28 do ECA:

a) *a observância do grau de parentesco, da afinidade e da afetividade na apreciação do pedido de colocação em família substituta.*

b) *a manutenção de grupos de irmãos em uma mesma família substituta, que busca a permanência dos vínculos fraternais. A exceção à norma refere-se a um risco de abuso ou de situação que justifique uma decisão diversa.*

c) *a precedência de uma preparação para a colocação em família substituta, e acompanhamento posterior por uma equipe interprofissional, com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.*

d) *o respeito à identidade social e cultural, dos costumes e das tradições das crianças e adolescentes indígenas quando da colocação em família substituta, desde que esses costumes não colidam com os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelo Estatuto. Deve haver, também, a oitiva de representantes da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e de antropólogos, perante equipe interprofissional que acompanhará o procedimento.*

3.2.1 Guarda

Segundo o art. 33 §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é destinada a regularizar a posse de fato. Deve ser prestada a devida assistência moral, educacional e material à criança ou ao adolescente em sua companhia, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, sendo possível o deferimento de direito de representação para a prática de atos específicos, e hipótese excepcional.

Em princípio, qualquer pessoa que ofereça um ambiente familiar saudável e seja maior de 18 anos, independente de estado civil, pode solicitar guarda.

É medida provisória, visto que antecede a devolução da criança ou do adolescente à família natural ou a colocação em família substituta definitiva. A guarda como modalidade de colocação em família substituta só existirá ocorrida a hipótese de descumprimento do *dever de guarda*, disposto nos artigos. 1566, IV, 1583 e 1584 do Código Civil. Esta medida não implica a destituição do poder familiar, mas transfere a uma família substituta provisória a obrigação de assistência à criança e ao adolescente.

O guardador tem direito de incluir a criança ou adolescente como dependente para fins de imposto de renda, assistência à saúde e Previdência Social (havendo divergência de entendimentos acerca dessa última possibilidade). Pode, também, opor-se a terceiros, inclusive aos pais, na defesa dos interesses do menor. O representante legal deve prestar a assistência necessária ao desenvolvimento da criança ou adolescente sob sua responsabilidade.

A guarda não confere ao guardião o direito de transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais sem autorização judicial; é revogável mediante fundamentação judicial, após a oitiva do Ministério Público; a sentença que a concede é sujeita a revisão devido a matéria estar subordinada à prevalência do interesse da criança.

A guarda, conforme a redação do art. 33 do ECA confere a crianças e adolescentes a condição de dependentes para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário (ECA, art. 33, § 3º). Essa matéria é objeto de discussão jurisprudencial, razão pela qual o INSS suscitou incidente de uniformização jurisprudencial perante o Superior Tribunal de Justiça, que ainda pende de julgamento.

A guarda, segundo o art. 33, caput do Estatuto, confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Assim como na tutela e na adoção, a guarda gera obrigações pessoais, indelegáveis e intransferíveis conforme os ditames do art. 30 do Estatuto.

Importantes alterações foram feitas no instituto da guarda pela Lei Nacional de Adoção, como a do art. 34 do Estatuto, que determina que o Poder Público deve estimular, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

Ocorreu também a acertada substituição da palavra ‘‘órfão’’ por ‘‘afastado do convívio familiar’’, já que a guarda não pressupõe a perda do poder familiar. Outra modificação da Lei nº 12.010/2009 está no art. 34, que a priorizou o acolhimento familiar ao institucional, e dispõe acerca da possibilidade de que a família acolhedora da criança e do adolescente receber a criança sob a forma de guarda.

Ao art. 33 do Estatuto foi acrescentado um parágrafo que dispõe acerca da permanência do dever dos pais de prestar alimentos e do direito de visitas, quando a guarda for conferida a terceiros. Esses direitos e obrigações subsistem exceto quando fundamentada e expressa determinação judicial disponha em contrário, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção.

3.2.2 Tutela

É uma forma de colocação em família substituta que, além de possuir o condão de regularizar a posse de fato da criança e do adolescente, também atribui ao tutor direito de representação ao tutor, permitindo a administração de bens e interesses da criança ou adolescente, assumindo as obrigações de assistência, pressupondo necessariamente o dever de guarda e a destituição do poder familiar.

Segundo a nova redação do art. 36 do Estatuto, alterada pela Lei nº 12.010/2009, a tutela será deferida a pessoa menor de dezoito anos, norma que adequou o ECA às disposições do Código Civil de 2002.

Segundo o parágrafo único do art. 1.745 do Código Civil, o juiz poderá condicionar o exercício da tutela à prestação de caução na hipótese de o patriônio da

criança ou adolescente ser de valor considerável. Essa caução poderá ser dispensada se o tutor tiver reconhecido a idoneidade.

A tutela testamentária é instituída por vontade dos pais, em conjunto, valendo-se de um ato de disposição de última vontade. O art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o tutor nomeado por tutela testamentária, deverá, no prazo de trinta dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido de colocação da criança e do adolescente em família substituta, a fim de permitir que o judiciário aprecie os requisitos para a formalização desta medida observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 do ECA.

O deferimento da tutela é condicionado à observância do interesse do tutelando e às disposições gerais sobre a colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

O art. 38 do Estatuto remete ao art. 24 no que diz respeito à destituição de tutela que deve obedecer a procedimento judicial e a procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres de assistência.

3.2.3 Adoção

A adoção é um procedimento legal que transfere ao adotado todos os direitos e deveres de filho, estabelecendo relação de parentesco civil entre adotante e adotado, quando esgotados os meios para a manutenção da convivência com a família originária. É regulamentada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Constitui-se um ato *personalíssimo*, vedando-se, conforme as disposições da Lei nº 12010/2009, a procuração, sendo intransferível e exercido pelos próprios postulantes da adoção.

A *excepcionalidade* do ato diz respeito à promoção da criança e do adolescente na família natural. A adoção será sempre a última hipótese na busca pela efetivação do direito à convivência familiar.

A *irrevogabilidade* consiste nos efeitos definitivos que a adoção opera, resultando o desligamento do vínculo com a família natural, para que o poder familiar seja exercido pela família adotante.

A *incaducabilidade* da adoção dispõe que o poder familiar dessa família substituta somente será suspenso ou destituído por meio de procedimento específico e motivado, por descumprimento dos deveres de guarda e sustento.

A adoção é necessariamente constituída por sentença judicial, com exceção da adoção póstuma (art.42, §6º do Estatuto), e em que somente se considera em caráter definitivo o parentesco civil a partir da data do óbito do adotante no curso do processo de adoção, desde que este tenha manifestado a vontade inequívoca de adotar. Tal sentença é definitiva, e segundo o art. 47 do ECA, deverá ser inscrita no registro civil e importará na lavratura de um novo registro de nascimento. O adotado terá direito a receber o nome do adotante, e até a modificação do prenome.

Os requisitos para a adoção são de cunho subjetivo (que dizem respeito às pessoas do adotante e do adotando) e objetivo (referentes à satisfação de alguns procedimentos para o deferimento da adoção).

Conforme a redação do art. 42 do ECA, pode madotar os maiores de dezoito anos, desde que haja a observância da diferença mínima de idade, estabelecida em dezesseis anos. Em se tratando de adoção conjunta, basta que um dos adotantes preencha esse requisito.

Também se mostra necessário o consentimento dos pais biológicos ou dos representantes legais, exceto nos casos de destituição do poder familiar, ou em caso de pais desconhecidos. Quando o adotando for maior de doze anos, o seu consentimento será necessário. Se criança, ela deverá ser ouvida sempre que possível à capacidade de entendimento acerca da medida.

Outro requisito para a adoção é a precedência do estágio de convivência, um período de avaliação acompanhado por estudo psicossocial, a fim de verificar a compatibilidade na convivência entre adotante e adotando e se a medida realmente atenderá ao melhor interesse do adotante. A hipótese de dispensa desse estágio está disposta no art.46, §1º, em que o adotando já esteja sob a guarda ou tutela do adotante durante um tempo suficiente para que se avalie o vínculo familiar. O prazo desse estágio é definido pela autoridade judiciária, e geralmente tem duração de seis meses. Em caso de adoção internacional, o estágio é sempre obrigatório e tem prazo mínimo de trinta dias em território nacional.

Os postulantes devem estar cadastrados como postulantes à adoção. A Lei nº 12.010/2009 determinou a criação e a implementação de cadastros estaduais e de um cadastro nacional, relacionando crianças e adolescentes em condição de serem adotadas

e de pessoa habilitadas à adoção. Há também um cadastro distinto para pessoas residentes fora do Brasil, considerando-se a sua consulta somente na inexistência de postulantes brasileiros à adoção. As exceções à exigência desse prévio cadastro estão indicadas no art. 50, §13: na hipótese de adoção unilateral e se o postulante for parente ou já detiver a guarda ou tutela com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

A adoção por casais em regime de união estável é reconhecida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A questão da possibilidade da adoção conjunta por homossexuais alcançou um importante avanço no dia 05 de maio de 2011, por ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homossexual como entidade familiar. Tal decisão vai ao encontro do que já vinha sendo entendido pelos tribunais, e influencia diretamente no deferimento da adoção por estes sujeitos. Evita-se também a prática de o companheiro homossexual adotar sozinho e depois levar o adotado à convívência com seu parceiro.

Os adotantes não podem ser ascendentes nem irmão do adotando. O tutor ou curador só o podem se houver prestação de contas acerca da administração dos interesses do menor.

3.2.3.1 Adoção internacional

A adoção internacional é a efetivada por estrangeiros e por brasileiros residentes em outro país. Tais indivíduos que manifestem a intenção de adotar no território brasileiro se sujeitarão às regras nacionais de adoção, mas com algumas particularidades e maior rigidez, o que as diferencia das regras gerais. Esta forma de adoção é medida excepcional, somente realizada quando do esgotamento das possibilidades de adoção nacional.

Mesmo na adoção internacional, há uma ordem definida no art. 51, §2º do ECA de preferência da adoção por brasileiros residentes no exterior, em detrimento dos estrangeiros.

Os interessados devem formular pedido de habilitação perante a autoridade central em matéria de adoção internacional do país em que reside. Essas autoridades

centrais são encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção de Haia. A adoção internacional deve respeitar as condições impostas pela legislação dos dois países. No Brasil, além da autoridade central federal de adoção há a autorização para que cada Estado-membro possua a própria autoridade central. Os postulantes deverão também passar pelo estágio de convivência obrigatório, já mencionado anteriormente.

Existe uma rede de cooperação entre os Estados: entendendo o país de acolhida que o pretendente se encontra apto a adotar, emitirá relatório com as informações do postulante, acompanhado de estudo psicossocial elaborado por equipe interprofissional, com cópia da legislação de adoção e de laudo de habilitação à adoção internacional. Os documentos em língua estrangeira devem ser traduzidos por tradutor juramentado e autenticados pela autoridade respectiva. A partir daí, esse relatório é encaminhado à autoridade central estadual no Brasil, para verificar a compatibilidade entre as legislações dos países e se expedirá laudo de habilitação à adoção com validade de humano, requisito necessário à instrução da petição inicial.

Se houver previsão na legislação do país de acolhida, os pedidos de habilitação poderão ser intermediados por organismos credenciados ante à autoridade central federal, que comunicará às centrais estaduais, e cujos requisitos para o deferimento estão dispostos no art. 52, § 3º do Estatuto a origem dos organismos em países que ratificaram a Convenção de Haia; idoneidade moral, experiência e responsabilidade; atividades sem fins lucrativos e cumprimento das normas emanadas pela Secretaria de Direitos Humanos.

Não será permitida a saída do adotando do território nacional até que se opere o trânsito em julgado da decisão que defere a adoção; somente após a implementação desse requisito será expedido alvará com autorização de viagem para a obtenção do passaporte.

No caso de adoção realizada no exterior por brasileiro, o art. 52-B do Estatuto indica que os requisitos para a recepção dessa adoção em necessidade de homologação são o consentimento de ambos os países (de origem e de acolhida), e a sua ratificação à Convenção de Haia.

3.3 Análise das mudanças da Lei nº 12.010/2009 ao instituto da adoção

A adoção no Brasil foi reformulada pela Lei nº 12.010/2009, sancionada em 03 de agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União em 04 de agosto de 2009, e entrou em vigor em 90 dias após.

A Lei Nacional de Adoção traz inovações, dentre as quais o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), um banco único de dados desenvolvido e administrado em âmbito nacional pelo Conselho Nacional de Justiça, constituído de informações uniformizadas sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e pretendentes habilitados para adoção.

Como administradoras em esfera estadual, as Corregedorias Gerais têm acesso às informações do CNA referentes ao seu Estado, sendo de sua competência o cadastramento das Comarcas do Estado, das Varas da Infância e da Juventude de cada Comarca e dos juízes que atuam na área da infância e da juventude.

O cruzamento dos dados será realizado com base nas informações apresentadas pelo próprio pretendente e seu processo. O sistema apresentará a listagem de pretendentes para aquele perfil, caso exista mais de um interessado nas mesmas características de criança/adolescente. Nesse caso, caberá ao juiz definir os critérios de preferência.

Os objetivos do Cadastro são de racionalizar os procedimentos de habilitação, de modo que os candidatos que se inscrevam na Comarca de sua residência estejam aptos a adotar em qualquer Comarca ou Estado da Federação; ampliar possibilidades de consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados; garantir a promoção da adoção nacional e orientar o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes e programas de acolhimento.

As inscrições no CNA serão válidas por 5 (cinco) anos, prazo que poderá ser reduzido a critério do juízo da habilitação, caso surja necessidade de reavaliação do pretendente. Vencido o prazo de inscrição sem que tenha sido finalizado o processo de adoção, o sistema alertará o juízo da habilitação, que poderá notificar o pretendente para providenciar, caso tenha interesse, a renovação do seu pedido.

A criação do Cadastro Nacional de adoção é vista como uma forma de impedimento para a prática da ‘adoção direta’, procedimento que desconsidera os

trâmites legais do processo de adoção, e pela qual uma criança é registrada como filha biológica sem que ela tenha sido concebida como tal.

Segundo o art. 50, §13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação alterada pela Lei nº 12.010/09, as únicas exceções à exigência desse prévio cadastro (desde que comprove, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção), são as das hipóteses seguintes:

a) se tratar de pedido de adoção unilateral (em que um dos cônjuges ou conviventes adota o filho do outro, prevista no art. 41§ 1º), que pode ocorrer por destituição do poder familiar de uma das partes (art. 45, § 1º ECA); pai desconhecido (art. 45, § 1º do ECA); concordância de ambas as partes; por ação para destituição do poder de família (art. 45 do ECA) e consentimento do adotando se maior de 18 anos (art.45, § 2º do ECA) ;

b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

c) oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé, subtração de criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial e promessa ou entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa.

A Lei nº 12010/2009 estabelece uma preparação psicológica com o fito de esclarecer sobre o significado de uma adoção e promover a adoção de crianças e adolescentes normalmente não preferidas, como: mais velhos, com problemas de saúde, negras, pardas, amarelas e indígenas, no caso destes últimos, na equipe multidisciplinar é imprescindível a presença de um antropólogo.

Assim entende o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁷ que o estudo sócio-pedagógico:

Objetiva a análise global das condições ambientais e familiares do lar substituto com vistas ao bem-estar da criança ou do adolescente, permite uma melhor preparação e amadurecimento do projeto adotivo. Por meio de escuta especializada, orientações, aconselhamento terapêutico e encaminhamentos, acrescenta-se elementos à vivência daqueles que são atendidos; a atuação da equipe interprofissional no contexto jurídico da adoção traz consigo uma

¹⁷ O que saber sobre adoção. Disponível em http://www.tjdft.jus.br/tri/b/vij/vij_adot.asp, acesso em 21/04/2011.

possibilidade de prevenção de futuros sofrimentos e más adaptações entre adotando(s) e adotado(s), e também destes em relação à sociedade.

A assistência psicológica e jurídica do Estado também deve amparar as gestantes que queiram entregar o filho para adoção, devendo ser encaminhadas à Justiça da Vara da Infância. Tal medida tem o escopo de evitar decisões impensadas por parte da mãe e conscientizá-la das consequências de sua decisão.

Há na Nova Lei a conceituação da expressão família extensa (ou ampliada), em que se deve esgotar as tentativas de adoção por parentes mais próximos da criança (irmãos e ascendentes do adotando não podem pleitear a adoção) ou do adolescente que será adotado. Prioriza-se, assim, os vínculos de afinidade e afetividade do adotado, que pressupõe-se serem maiores dentro da própria família. Têm preferência na adoção os tios, primos e cunhado do adotando.

Outra figura abordada na nova lei é a da família substituta, ou seja, a família que acolhe uma criança ou adolescente que se encontra sem a família natural, levando essa criança ou adolescente adotado a fazer parte da mesma.

Independente do estado civil, a idade mínima para adotar é de 18 anos e, em se tratando de adoção conjunta (casal), há a necessidade que ambos sejam casados ou que mantenham união estável e, se estiverem em processo de separação, é imprescindível que o processo de adoção tenha iniciado antes da separação e que o casal tenha um bom relacionamento. Com relação à união homoafetiva estável, temos a recente decisão, no dia 05 de maio de 2011, do Supremo Tribunal Federal. Em ação proposta pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, o ministro Ayres Brito argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser discriminado ou discriminado em função de sua preferência sexual. ‘‘O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica’’, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com os preceitos do inciso IV do artigo 3º da CF.

Em se tratando de adoção internacional (na qual a pessoa ou casal adotante é residente ou domiciliado fora do Brasil), deverá ser considerada em caráter excepcional, pois somente ocorrerá se não houver alguém da chamada família extensa que esteja habilitado para adotar ou forem esgotadas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira. Brasileiros que vivem no exterior ainda têm preferência aos estrangeiros.

O adolescente com mais de 12 (doze) anos deverá manifestar sua concordância com a adoção em audiência. Se menor de 12 (doze) anos, sua opinião será ouvida. Quanto aos irmãos, estes não poderão ser separados, exceto em situações fundamentadas pela autoridade judicial.

Ratificando o preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 12.010/2009 ratifica as medidas protetivas inerentes à população infanto-juvenil, estabelecendo o acolhimento familiar no qual a criança ou o adolescente é encaminhado para os cuidados de uma família acolhedora, que lhes dispensarão cuidados de forma provisória.

A lei ainda determina que crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento institucional terão sua situação reavaliada por estudos da equipe multidisciplinar a cada 06 (seis) meses, tendo como prazo de permanência máxima nos acolhimentos institucionais de 02 (dois) anos, salvo fundamentada e comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse. Nota-se que essa medida visa um maior controle das instituições de acolhimento, que passam também a ser fiscalizadas periodicamente.

A adoção ilegal é uma prática enfrentada pelas varas e promotorias da Infância e Juventude. Também outra prática conhecida é a adoção consensual, em que pais biológicos e adotivos entram em acordo antes de procurar a Justiça e não ingressam no Cadastro Nacional. Quem acolhe as crianças dessa forma atrasa o andamento da fila para os que estão no cadastro.

As pessoas que escolhem adotar ilegalmente têm medo de esperar por muito tempo na fila da adoção e de ser barrados por alguma exigência judicial. Essa demora é em grande parte culpa de exigências de crianças brancas, recém-nascidas e saudáveis, por exemplo. Esses casais temem que o envelhecimento os distancie da faixa etária da criança. Outros têm medo de serem desqualificados por falta de recursos financeiros ou psicológicos.

Alguns doutrinadores, como a Especialista em Direito de Família Maria Berenice Dias, afirmam que o novo procedimento de adoção se tornou um grande processo muito burocrático, e que não conseguirá atingir o objetivo de atender ao melhor interesse da criança.

Apesar da opinião de muitos no sentido de afirmar uma burocratização do processo de adoção com a vigência da Lei 12010/2009, especialistas no assunto consideram os procedimentos necessários, considerando que o Poder Judiciário tem

interesse e saber se os adotantes possuem as condições necessárias para proporcionar a convivência saudável que o adotado necessita. Para conseguir esse objetivo, há a participação de profissionais de diversas áreas do conhecimento, que avaliarão as referidas condições.

O último levantamento do Cadastro Nacional de Adoção¹⁸ revelou que o número de pessoas interessadas em adotar no Brasil é quase seis vezes maior que o de crianças e adolescentes disponíveis. O grande problema, que à primeira vista é difícil de enxergar nesse levantamento, é que a grande maioria dos adotandos está fora dos perfis exigidos pelos adotantes. Nesse sentido, de grande valor o incentivo à adoção das crianças não preferidas.

3.4 Abordagens sobre os programas de acolhimento a crianças e adolescentes

De acordo com o art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer criança ou adolescente que tiver seus direitos ameaçados ou violados deve ser amparado por medidas de proteção. Contudo, na aplicação das medidas protetivas preferir-se-ão as que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, vez que o acolhimento familiar é medida excepcional e provisória.

A cultura de institucionalização de crianças e adolescentes por muito tempo esteve enraizada na ideia de que a longa permanência de crianças e adolescentes nesses locais as protegeria de más influências, além de proteger a sociedade de sua presença.

A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 buscou romper com esse entendimento, em um contexto de elaboração de pesquisas demonstrando graves consequências da longa permanência em regimes de abrigamento ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. O Estatuto, além de garantir a excepcionalidade dessa medida, estabeleceu, em seu art. 23, que a situação de pobreza da família não constitui motivo suficiente para o afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar.

Importantes instrumentos para uma nova visão no acolhimento institucional foram as aprovações, da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) em 2004 pelo Conselho Nacional de Assistência Social, e da Resolução nº 1 de 13 de dezembro de

¹⁸ Disponível no site: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13963-numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas>. Acesso em 15 de abril de 2011.

2006, pelo CONANDA e o CNAS, que instituiu o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Essas normas administrativas estabeleceram um novo enfoque na defesa dos direitos socioassistenciais.

A organização do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) estabelece a articulação da rede socioassistencial com as demais políticas públicas e o Sistema de Garantia de Direitos, promovendo a família como centro da política de assistência social, estabelecendo parâmetros de funcionamento e oferecendo orientações para que os serviços de acolhimento de crianças e adolescentes venham a cumprir sua função protetiva e de restabelecimento de direitos, compondo uma rede de proteção que promova o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

A Lei nº 12.010/2009 enfatizou a proteção às crianças e aos adolescentes e substituiu a expressão ‘abrigo’ por ‘acolhimento institucional’. Reiterou os objetivos prioritários de promoção da criança e do adolescente na família natural, e, para atingir esses objetivos, estabelece programas de orientação e auxílio às famílias, entendendo a adoção como último recurso na efetivação do direito à convivência familiar. A referida lei também estabeleceu que o regime de acolhimento deve ser temporário, assim que terminada a situação de risco ou ameaça de violação dos direitos de crianças e adolescentes, deverá haver a reintegração da criança ao convívio com sua família.

Somente em casos extremos, em que frustradas as tentativas de reestruturação do vínculo familiar, é que a adoção poderá ser efetivada. A Lei Nacional de Adoção, mais do que ressaltar o caráter temporário dos programas de acolhimento, ousa ao estabelecer no art. 19, §2º um prazo máximo de permanência de crianças e adolescentes nessas entidades: 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Os programas de acolhimento para crianças e adolescentes estão inseridos na Proteção Social Especial de Alta Complexidade, por tratar de direitos violados e privação do convívio familiar. As entidades responsáveis pelo acolhimento podem ser de natureza governamental ou não, e o encaminhamento das crianças e adolescentes a este regime somente deve se efetivar por determinação judicial, exceto em caráter excepcional e de urgência, sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicando o fato em até vinte e quatro horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilização.

Para ressaltar o caráter transitório da medida e buscar a reintegração familiar, a criança e o adolescente inseridos em entidades de acolhimento familiar terão sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses por equipe de profissionais de diversas áreas de formação, como psicólogos, pedagogos e assistentes sociais, devendo a autoridade judiciária competente decidir fundamentadamente pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

Cabe ao Poder Executivo a responsabilidade pelo estabelecimento de infraestrutura adequada para a aplicação de medidas requeridas pelo Conselho Tutelar e pelo Judiciário, pelo Ministério Público, podendo realizar parceria com instituições não governamentais, de forma articulada, como previsto no art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A origem dos recursos que devem manter tais programas é de responsabilidade das próprias entidades de atendimento, e, conforme o art. 90 do Estatuto, tais recursos serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, dentre outros. Sendo a executora do programa uma organização não governamental, também pode receber recursos públicos.

A gestão desta política está sob a responsabilidade do executivo municipal ou estadual, observadas as diretrizes dos Conselhos Municipal e Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, articulado também ao Conselho Municipal de Assistência Social e de mais conselhos de outras políticas.

Os artigos 90 a 94 do Estatuto explicitam os princípios e as normas a serem observadas no acolhimento de crianças e adolescentes, bem como em qualquer intervenção no que diz respeito aos direitos de crianças e adolescentes à sua família de origem ou na colocação em família substituta.

Na implementação das políticas de garantia deve haver uma articulação entre Ministério Público, o Juizado da Infância e Juventude, as Secretarias Municipais de Saúde, Educação, Assistência Social e outras entidades não governamentais integradas na rede de atendimento.

Há a previsão no Estatuto de responsabilização das entidades que descumpram as diretrizes sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos, desde a advertência até o fechamento da unidade, interdição do programa ou cassação do registro (art. 97 do Estatuto).

De maneira geral, as entidades de acolhimento podem oferecer atendimento convencional e também especializado (a crianças e adolescentes portadores de necessidades específicas). O acolhimento pode ser exercido sob diversas modalidades, além dos tradicionais ‘abrigos’, de acordo com as particularidades de cada atendimento.

Casa-lar: esta espécie de acolhimento está definida na Lei nº 7.644/1987. Constitui-se em unidades residenciais, com estruturas de residências privadas nas quais os cuidadores (pais sociais) se responsabilizam pelo cuidado de um pequeno número de crianças e adolescentes, devendo receber supervisão técnica. Sugere-se a não colocação de placas indicando tratar-se de um ‘abrigo’, facilitando o entrosamento das crianças e adolescentes na vida da localidade.

República: tem uma estrutura semelhante à casa-lar, a república é uma casa comum sem placas, e geralmente direcionada a adolescentes maiores de 18 anos de idade. Busca-se o desligamento do acolhido por meio de atividades que os proporcionem autonomia para uma vida responsável. Possui o suporte de educadores em alguns períodos do dia e em alguns períodos do dia.

Casa de passagem: estrutura destinada, em geral, a crianças e adolescentes encontrados em abordagens de rua, para a posterior avaliação de possibilidade de retorno à família de origem ou outros encaminhamentos. Sempre que houver indícios de violação de direitos, ou o adolescente houver praticado ato infracional, deve o responsável pela casa comunicar o fato ao Conselho Tutelar para a aplicação das medidas de proteção indicadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Família acolhedora: acolhimento nas residências de famílias acolhedoras previamente cadastradas e selecionadas, que se propõem a oferecer assistência à criança ou ao adolescente. Alguns fatores podem ser entendidos como impeditivos para a função de família acolhedora, quais sejam ser candidato à adoção (pois o objetivo do programa não é que essas famílias sejam pais substitutos, mas sim acolhedores em caráter provisório, com caráter menos parental e mais ‘terapêutico’); estar em processo de luto (separações ou falecimentos); estar registrado em órgão de proteção e defesa da criança e do adolescente como agente de ameaça ou violação de direitos. Estas famílias, tais como nas medidas de acolhimento institucional, devem receber preparação para proporcionar os devidos cuidados ao acolhido.

O atendimento dos programas de acolhimento institucional deve ser realizado de forma personalizada, em pequenas unidades e grupos, privilegiando-se as ações descentralizadas.

Todas as entidades que desenvolvem programas de abrigo devem prestar plena assistência à criança e ao adolescente, ofertando-lhe acolhida, cuidado e espaço para socialização e desenvolvimento.

Para que funcione, a entidade de abrigo deve estar registrada no Conselho Municipal de Assistência Social e da Criança e Adolescente. Para o registro no Conselho Municipal são estes os documentos solicitados: nos ‘abrigos’ governamentais (Públicos): projeto pedagógico, plano de trabalho. Nos abrigos não governamentais: estatuto da entidade; ata da eleição da diretoria da entidade (quando já em funcionamento) e plano de trabalho. O registro correto possibilita ao abrigo apresentar projetos e receber recursos financeiros.

A fiscalização das entidades de acolhimento é atribuição dos Conselhos Tutelares, da Vara da Infância e da Juventude e do Ministério Público.

É necessário o destaque aos princípios que regem os programas de acolhimento no art. 92 do ECA

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de natural ou extensa;
- III - atendimento personalizado em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades e regime de coeducação;
- V - não-desmembramento de grupos de irmãos;
- VI - evitar sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
- VII - participação na vida comunitária local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo

4 Os desafios à efetivação do direito à reintegração familiar a crianças e adolescentes no Brasil

Como já ressaltado ao longo do trabalho, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente claramente dispõem acerca do dever do Estado, da família e da sociedade na preservação da convivência da criança e do adolescente em seu núcleo familiar para a completa formação física, moral e espiritual.

As reformas por que passou o Estatuto, com o advento da Lei nº 12.010/2009, ratificaram a preservação da família. Na impossibilidade da permanência no seio familiar natural, o Estatuto prevê soluções de acolhimento nas modalidades familiar e institucional para tornar menos demorados o processo de reintegração à família originária, ou, em última hipótese, a colocação em família substituta sob a forma de guarda, tutela e adoção.

O ECA prevê diretrizes na promoção da política de atendimento crianças e adolescentes, pri mandando pela articulação entre o Poder Público e entidades não governamentais. Dentre estas, propõe a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e outras entidades encarregadas da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de aprimorar o atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional.

A Lei Nacional de Adoção veio ressaltar o caráter provisório das instituições de acolhimento, dispondo em seu texto que, salvo nas situações devidamente fundamentadas, as crianças e os adolescentes não permanecerão por mais de dois anos nesse programa, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devendo uma equipe interdisciplinar avaliar semanalmente a possibilidade de retorno à família natural ou de colocação em família substituta, além de analisar as condições em que se encontram os acolhidos. A proposta desse dispositivo é ousada, à medida que não somente normatiza acerca da execução desses programas, mas sim persegue o fim que se destina: garantir o direito de reintegração familiar a esses seres em desenvolvimento.

Como já abordado, a Lei nº 12.010/2009 visa um maior acompanhamento das instituições de acolhimento, ao estipular um prazo máximo de permanência desses indivíduos nas instituições, as entidades de atendimento são obrigadas a justificar que o seu descumprimento atende ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Crianças e adolescentes com maiores dificuldades de serem adotadas ou portadoras de necessidades específicas inseridas em programas de acolhimento merecem atenção especial. Após frustradas tentativas de efetivar a reintegração na família biológica, devem ser realizadas campanhas de incentivo à adoção desses indivíduos, haja vista que eles também não poderão ser privados de direitos. A criação do Cadastro Nacional de Adoção, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, orienta o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para a população de crianças e adolescentes que esperam pela possibilidade de convivência familiar.

A Lei nº 12.010/2009 estabeleceu as bases de uma compreensão protetiva dos direitos de crianças e adolescentes. É certo que o procedimento de adoção se tornou mais burocrático, um extenso e demorado processo, fato criticado por muitos estudiosos. Outro segmento de doutrinadores entende que esse processo passa por inúmeras etapas, porém todas necessárias à eficácia dessa medida, desde ao atendimento psicossocial das gestantes que almejam entregar os filhos à adoção e dos futuros adotantes até o deferimento da medida por sentença judicial.

Embora as constantes disposições legislativas enfatizem a efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, essa rede de atendimento não tem funcionado da forma mais eficiente no Brasil.

A deficiência na articulação da execução da política (sobretudo na política municipal) de atendimento às famílias e às crianças e adolescentes a fim de prevenir a colocação desses últimos em programas de acolhimento torna o motivo da entrada no programa sempre a previsão de modificação.

Segundo Levantamento Nacional dos Abrigos para crianças e adolescentes da rede de Serviços de Ação Continuada, que foi iniciado no ano de 2003, os principais fatores responsáveis pelas dificuldades no retorno das crianças e adolescentes para as famílias são, sobretudo, as condições socioeconômicas das famílias, a fragilidade, ausência ou perda do vínculo familiar, a ausência de políticas públicas e de ações institucionais de apoio à reestruturação familiar, o uso de substâncias entorpecentes e a violência doméstica.¹⁹

Os inúmeros problemas que ocasionam a perda e a ameaça de violação do direito à convivência familiar devem ser atacados em sua origem, se já existentes, as entidades, por meio de intervenção de profissionais devidamente capacitados em diferentes áreas do conhecimento, devem realizar apoio e orientação às famílias, visitas domiciliares, encaminhamentos a programas da comunidade e apoio terapêutico pré e pós-reintegração.

Por vezes, esse direito é violado, uma vez que a família é vítima da omissão do Estado e da sociedade, e em grande parte das vezes, pela ausência de políticas sociais efetivas, não alcançando a condição mínima de prover as necessidades básicas de seus membros, situando-se em uma situação de risco, principalmente para a criança e o adolescente.

¹⁹ Levantamento Nacional dos Abrigos para crianças e adolescentes. Disponível no site <<http://portal.dovoluntario.org.br/documentos/0000/0189/109726162757.pdf>>. Acesso em 10/05/2011.

As entidades governamentais e não governamentais que executem o programa de acolhimento também devem proceder a estudos e levantamentos no acompanhamento regular dos processos judiciais e na emissão de dados estatísticos para a elaboração de projetos que atendam aos direitos desses indivíduos.

Não basta as disposições da Constituição Federal e do Estatuto assegurarem o direito à reintegração de crianças e adolescentes; deve-se cumpri-las integralmente, por meio das linhas de ação dispostas no Estatuto e nos Planos de Assistência a Crianças e Adolescentes. As normas que asseguram o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes deverão ser postas em prática; caso contrário, ocorrerá a crescente criação de novas instituições de atendimento sem propósito reintegrador, e em uma segregação mais assevelhada com a Doutrina da Situação Irregular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família passou por inúmeras transformações decorrentes de movimentos sociais, políticos, econômicos, religiosos e culturais, podendo ser identificada primeiramente como patriarcal, hierarquizada, que tinha como ponto de partida o vínculo matrimonial e era fundamentada no poder e na autoridade.

Atualmente, o termo ‘entidade familiar’ abrange o grupo de pessoas que, ligadas por forte vínculo afetivo, apoiam-se mutuamente, em relação de afeto e solidariedade. Desta forma, a família está sofrendo mudanças de formação: existem além da família tradicional (constituída através do matrimônio), a monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes) e a constituída através de união estável. Doutrina e jurisprudência estão a entender também como entidades familiares as uniões homoafetivas.

Como dispõe o artigo 226 da Constituição Federal brasileira, a família é considerada a base da sociedade, merecendo assistência e proteção do Estado. Ela é entendida como instrumento para a promoção da Dignidade da Pessoa Humana, e em que prevalece a solidariedade entre seus integrantes, conforme os deveres estabelecidos no artigo 229 da Constituição Federal.

A convivência familiar é condição relevante para o desenvolvimento da criança e do adolescente. O descumprimento dos dispositivos legislativos de proteção à família, aliado à deficiência de políticas públicas de apoio, as remete à condição de vulnerabilidade e acarreta, por vezes, a institucionalização de suas crianças e adolescentes, que, apesar de o Estatuto considerá-la uma medida provisória e excepcional, ainda tem-se apresentado sob uma realidade oposta à da lei.

A Proteção Integral reconhece o conjunto de direitos assegurados a crianças e adolescentes, considerando a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o seu provimento, com o fito de assegurar plenas condições para o seu desenvolvimento integral.

Portanto, em situações de rompimento do núcleo familiar, referindo-se especificamente às crianças e aos adolescentes, devem ser observados o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil e o Código Civil de 2002, que dispõe acerca da Proteção Integral, do direito à convivência familiar e aos deveres dos pais quanto aos filhos, respectivamente.

O Estatuto prevê como solução às situações de rompimento de vínculos familiares a possibilidade de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, nas formas de Guarda, Tutela ou Adoção, depois de esgotadas as tentativas de reintegração na família natural.

Em observância à garantia de prioridade absoluta a crianças e adolescentes, que implica a primazia em receber proteção, cuidados, no atendimento e na execução de políticas, o Estatuto dispõe acerca do funcionamento da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Esta se realiza por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais e cooperação entre os entes políticos da federação, priorizando-se o atendimento pelos entes municipais.

A Lei nº 12.010/2009, apelidada como Lei Nacional de Adoção, modificou dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas a fomentar a permanência no seio familiar ou a breve colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas. A adoção mereceu tratamento especial na formulação dessa lei; as regras visam um procedimento de adoção mais cauteloso, com a atuação de equipes interprofissionais na orientação e no auxílio às famílias, a uniformização de dados e o maior controle na execução dos programas de acolhimento às crianças e aos adolescentes.

Ressalte-se que a efetivação do direito ao convívio familiar passa por políticas de atuação preventiva e de apoio efetivo às famílias, com maior integração entre a sociedade e o Estado no sentido de reduzir o tempo de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento institucional e familiar.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Cláudio José Amaral; LEÃO, Teófilo Marcelo de Arêa Júnior. **O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias**. Fortaleza, 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em 04 mar. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível no site: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 fev. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Número de pretendentes supera em quase seis vezes o de crianças aptas a serem adotadas**. 08 abr. 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13963-numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas>>. Acesso em 15 abr. 2011.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Atualizada até a Lei nº 12.010/2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 20 fev. 2011.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC**. Disponível em <<http://portal.dovoluntario.org.br/documentos/0000/0189/109726162757.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **O que saber sobre adoção**. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/trib/vij/vij_adot.asp>. Acesso em 21 abr. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Civil 70007016710**. Relator: Rui Portanova. Óitava Câmara Civil da Comarca de Bagé. Julgamento em 13/11/2003.

BOSCARO, Mircio Antônio. **Direito de filiação**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUEREN Geraldine Van (apud DOLINGER, Jacob. **A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

CANOTILHO JJ Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Alameda, 2008.

CARDIN Valéria Silva Galvão. FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor jurídico**. Fortaleza, 2010. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>. Acesso em 03 fev. 2011.

CARVALHO Damas Messias de. **Adoção e Guarda de acordo com a Lei 12.010/2009**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COULANGES. Foustel de. La Cité Antique, 18 Ed., Paris, 1903, p.55 (apud RODRIGUES, Sílvio **Direito Civil. Direito de Família**, 6º vol. São Paulo: Saraiva, 2001).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. CURY, Minir (org). 9ª ed. São Paulo: Milheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Ed. Atual. e Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** vol. 5. 26ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado. A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENUNCIADOS aprovados. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 103**. Disponível em <http://daltehcjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 13 abr. 2011.

FIGUEIRÊDO, Luiza Carlos de Barros. **Comentários à Lei Nacional de Adoção- Lei 12.010 de 2009**. Apresentação de João Matos. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRISARDO, Filho, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HIRONAKA, Gsel da. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial.** Disponível em < www.abmp.org.br, acesso em 20 de abril de 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 12ª Ed. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2010.

LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional de adoção: Lei 12.010/2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Mirta de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **Afiliação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: RT, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: LTR, 2002.

PEREIRA, Cássio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Direito de Família, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRIORE, Miry Del (org). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2008.

REBEIRO, Paulo Hermano Soares. SANTOS, Vivian Gristina Maria. SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção Comentada**. Leme: Jh Mizuno, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - 2ª Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 604 p.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção Lei 12.010, de 03 de Agosto de 2009 e Outras Disposições Legais: Lei 12.003 e Lei 12.004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 192 p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SILVA, Maria de Fátima Afen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

SILVA, Mácyr Motta; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

ULPIANO, Comentários al Edicto Libro XLVI (apud SANTOS, Marco Friddin Sommer. **Direito Romano I: Direito de Família**. Porto Alegre: 2007). Disponível em < www.6.ufrgs.br/direito/pessoais/marco/dir02214/familia.pdf. Acesso em 13 mar. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família** v. 6 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VI ANNA F. J. de Oliveira **Instituições Políticas Brasileiras**. 2vol., Rio de Janeiro:
José Olympio, 1955.