

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas
Departamento de Ciências Políticas
Curso de Especialização em Políticas Públicas

**A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: de objeto
do direito a sujeito de direitos**

Adriana de Sá Souza

**Belo Horizonte
2011**

Adriana de Sá Souza

**A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: de objeto
do direito a sujeito de direitos**

Monografia apresentada ao curso de
Especialização em Políticas Públicas da
Universidade Federal de Minas Gerais, como
requisito para a obtenção do título de Pós
Graduação em Políticas Públicas

Área de concentração: Ciência Política

Orientadora: Vera Alice Cardoso da Silva

**Belo Horizonte
2011**

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Profa. Vera Alice Cardoso da Silva, pela dedicação e incentivo que tornou possível a realização deste trabalho.

EPÍGRAFE

“Mudaram as condições de reprodução da população, mudaram os padrões de relacionamento entre os membros da família, os modelos de autoridade estão em questionamento, a posição relativa da mulher alterou-se profundamente, e até mesmo a legislação redefiniu o conceito de família..”(Goldani).

RESUMO

Esta monografia é uma pesquisa bibliográfica que tem como objetivo identificar a forma como o legislador trata a família, a criança e o adolescente. Para tanto, foi estabelecido como marco lógico a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a nova Lei de Adoção e artigos entre os anos de 2000 e 2011, nos bancos de dados do Jus Navigandi e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) utilizando como descritores: família, direito de família, criança e adolescente. A análise bibliográfica permitiu identificar avanços significativos no Ordenamento Jurídico Brasileiro devido às mudanças econômicas e culturais, que permitiram à família assumir papéis e funções sociais e, também, nós críticos em relação à execução da legislação na prática de diferentes profissionais. Acerca da evolução da legislação é válido ressaltar a incorporação da garantia dos direitos da família, da criança e do adolescente; pois estes últimos passaram a ser considerados como sujeitos de direitos e a família passou a ser definida como o melhor ambiente para o desenvolvimento social e psíquico dos mesmos. Já com relação aos nós críticos, o que se destaca é a dificuldade em assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente no convívio familiar.

Palavras-chave: Direito de Família, Direito de Crianças e Adolescentes, Constituição Federal de 1988, Legislação Protetiva de Crianças e Adolescentes.

ABSTRACT

This monograph is a bibliographical research that aims to identify how the legislator deals with the family, the child and the adolescent. For both, the landmark logical was established as the Federal Constitution of 1988, the Statute of the child and adolescent, the new law of adoption and articles between the years of 2000 and 2011, in Jus Navigandi databases and the Brazilian Institute of family law (IBDFAM) using as descriptors: family, family law, child and adolescent. The literature review identified significant advances in the Brazilian legal system due to cultural and economic changes, which allowed the family assume social roles and functions and, also, we critics in relation to the implementation of the legislation in practice of different professionals. About the evolution of the legislation is valid to highlight the incorporation of guarantee of the rights of the family, children and adolescents; Since the latter came to be regarded as subjects of rights and the family came to be defined as the best environment for the social and psychological development. Already with regard to us critics, what stands out is the difficulty in ensuring the best interests of the child and adolescent in the family get-together.

Key-words: family law, the right of Children and adolescents, the Federal Constitution of 1988, Protective Legislation for Children and adolescents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O Conceito de Família na Legislação Brasileira.....	8
2. Criança e Adolescente na Legislação Brasileira.....	15
3. Conclusão: debates relevantes sobre o direito de família e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

CAPÍTULO I

O conceito de família na legislação brasileira

Neste capítulo é apresentada a concepção sobre família que prevalece na Constituição Federal de 1988, ressaltando os avanços legais sobre o tema.

Pode-se dizer que a família é uma estrutura secular, que se mantém nas diferentes sociedades, mas evoluindo com as mudanças econômicas e culturais. As formas que assume correspondem aos papéis e funções sociais que deve cumprir.

De acordo com Viana, citado por Almeida,

“a família é, antes de tudo, uma realidade social [...] sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva; o direito trabalha com conceitos preexistentes que procura organizar. A família, como estado de fato, não é produto do direito, mas geradora de fenômenos jurídicos”. (VIANA, citado por ALMEIDA, 2010, p. 2 e 3)

Verifica-se, então, que a família é uma realidade social que precede o direito, competindo ao sistema jurídico, em sociedades modernas, legislar sobre seu reconhecimento e proteção.

É na Roma antiga que o casamento foi instituído como gênese da família, sendo ela descrita como “comunidade de culto dos mortos”¹. Destinava-se ao reconhecimento dos descendentes e à preservação da memória dos antepassados

Por meio desta instituição, legitimava-se a união entre o homem e a mulher com o propósito reprodutivo. Este modelo de família tinha como intento garantir a descendência para a preservação do culto. A continuidade da família

¹ ALMEIDA, Renata Babosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: família. Cap. 1 Evolução da Estrutura Familiar: da Unidade à Pluralidade. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p.3.

era valor a ser preservado e a proteção da mesma foi associada ao matrimônio, única forma legalmente reconhecida de sua constituição.

Esta concepção de família modificou-se em outras sociedades, passando a estar associada à preservação do patrimônio, mudança que foi reforçada na sociedade capitalista, que valorizou a instituição do matrimônio.

No Brasil, o Código Civil de 1916 definiu a família como sinônimo de casamento. A partir desse entendimento, legislou sobre essa estrutura, assegurando a sua proteção ao colocar o casamento como fundamento da família legítima.

Ao matrimônio foi atribuída a função de preservar a reprodução, não mais visando ao culto dos ascendentes, mas associada ao processo de acumulação de patrimônio. Os filhos podem ser vistos como forma de geração de força de trabalho e, ao mesmo tempo, de manutenção do patrimônio adquirido pela família. À mulher cabe o papel de reprodução e ao homem a responsabilidade de adquirir o patrimônio e de exercer a autoridade familiar suprema.

Neste molde, a família foi concebida como unidade produtiva e reprodutiva. Não há nele referência a aspectos afetivos. “A harmonia familiar era entendida como a situação em que cada um dos seus membros cumpria a função que lhe era destinada colaborando para o alcance dos fins patrimoniais”. (Almeida e Rodrigues 2010, p. 11)

No Brasil, esta visão prevaleceu durante boa parte do século XX, só se reconhecendo como família as uniões advindas do matrimônio e os filhos desta relação. Outras formas de união e os filhos havidos fora desta regulamentação eram considerados ilegais e ilegítimos.

Apesar de não haver o reconhecimento de outras formas de união entre homem e mulher, estas sempre existiram, como bem destaca Fiuza, citado por Almeida e Rodrigues,

[a] família, desde sempre, pode-se dizer, nunca se organizou de modo estandardizado, padronizado. O que sempre houve, por vezes mais, por vezes menos, foram as tentativas de se enquadrar em molduras previamente estabelecidas por um grupo dominante. No mais das vezes, essas tentativas de padronização estiveram envolvidas por um véu de religiosidade insana, fanática, fundamentalista. O que não estivesse dentro dos estritos padrões da

moralidade sectária, era relegado à marginalidade, à criminalidade. (FIUZA, citado por ALMEIDA e RODRIGUES, 2010, p.13)

De acordo com o autor, observa-se que a lei contribuía para impor a força da religião no âmbito social, ao reconhecer o casamento como única forma legal de constituição de uma unidade familiar. Contudo, a sociedade brasileira não continha exclusivamente a família convencional e patriarcal. Sempre houve outras estruturas familiares paralelas.

A condição de mãe solteira era a mais censurável das formações familiares de chefia feminina, visto que, nas outras situações, a mulher viúva já havia concebido os filhos durante o matrimônio e condições adversas a tinham colocado no lugar de chefe de família. Já as famílias constituídas fora do matrimônio não eram reconhecidas pela lei e eram socialmente condenadas.

Esta visão tradicional foi gradualmente modificada, à medida que o Brasil se transformou em sociedade urbana, industrializada e mais secularizada.

Como marco legal dessas transformações, a Constituição Federal reconheceu que a concepção de família havia mudado, sendo necessário legislar sobre as diferentes maneiras e possibilidades de se instituir uma unidade familiar. A nova concepção ficou bem estabelecida no artigo 226, ao reconhecer que a família pode ser estruturada de diferentes maneiras, ou seja, pode ser formada a partir do casamento, da união estável e por pai ou mãe e seus descendentes.

A aceitação política das novas formas de organização de família contribuiu para superar o ideário da família patriarcal, segundo o qual o homem era o chefe da casa e tinha sob seu domínio a esposa, os filhos e descendentes, cuja função era manter o patrimônio e reproduzir a força de trabalho. Assim, “a grande mudança da família foi que ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do companheirismo, do amor e da livre expressão de afeto” (Pereira, 2000, p. 08).

O reconhecimento de outras possibilidades de configuração familiar que, até aquele momento, não eram legitimadas, foi crucial para os avanços na legislação sobre a família. Mas, vale destacar que, apesar de só a união pelo matrimônio ser reconhecida juridicamente, ainda no período colonial existiam outras formas de famílias, como a união estável e “a família monoparental

socialmente caracterizada pela figura da mãe solteira e da mulher que foi abandonada pelo companheiro”. (Ramos, 2000, p. 63)

Ao legitimar diversas formas de união fundadas em laços sexuais, ao lado da família monoparental, o constituinte de 1988 proporcionou a “releitura da instituição familiar, com destaque para a valorização dos laços afetivos, trazidos numa comunhão espiritual e de vida, em prol da dignidade e da solidariedade humana”. (Ramos, 2000, p. 66)

Essa nova visão da família implicou a proteção jurídica a todas as formas de família. De acordo com Dias (2009, p.41), “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família”. Estas alterações só foram possíveis em razão dos avanços legais e dos valores sociais, que levaram à caracterização e aceitação da família, não mais restrita à resultante da celebração do matrimônio.

Neste novo cenário, a família é compreendida como um grupo social instituído fundamentalmente por laços de afetividade. O identificador da estrutura familiar é a presença de vínculos afetivos e de compromissos que unem os membros que a constituem.

De acordo com Lôbo (2004), são consideradas como entidades familiares e estão protegidas constitucionalmente as uniões que preenchem os requisitos de afetividade², de estabilidade e de ostensibilidade³. Este é o pressuposto legal que leva à expansão da concepção de família tanto no âmbito jurídico, quanto no social, quebrando o paradigma do casamento como único meio de instituição de famílias.

Em relação à concepção tradicional de família, Dias (2009) destaca que o fato de a lei não ter se preocupado em definir o que era a família, mas somente identificá-la por meio do casamento, acabou por excluir do campo

² A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizada do intérprete, ante cada situação real. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. 23/03/2004 Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 26 de setembro de 2011. (p. 6)

³ De acordo com ALMEIDA e RODRIGUES JÚNIOR (2010, p.23), a ostensibilidade aparece como comprovação da estabilidade – o que acaba por reforçar a necessidade desta. [...] ser ostensivo é ser evidente, publicamente reconhecido.

jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que levasse à comunhão de vidas e à junção de bens. Ou seja, a justiça negava às pessoas que viviam sem o casamento a proteção aos direitos que eram concedidos para os casados legalmente. Mas, recentemente, a lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), que visa a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, reconheceu em seu artigo 5, inciso III, que a família é qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual dos parceiros.

O reconhecimento deste novo modelo de família destaca, também, a mudança no papel e lugar social da mulher. Assim, a emancipação da mulher possibilitou seu reposicionamento na família atual. Esta opção tem gerado formas democráticas e igualitárias de compartilhar responsabilidades e tarefas entre homem e mulher. Assim, “a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade”. (DIAS, 2009, p.43)

Essas transformações podem ser percebidas quando a união estável entre homem e mulher, que era negativamente julgada, foi regulamentada pela lei 9.278, de 1996, que a reconhece como unidade familiar, por se configurar como convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. À luz da lei, esta configuração familiar passa a usufruir de todos os direitos e deveres da família formada a partir do matrimônio. Assim, a “união estável é uma entidade familiar e, como tal, requer que, necessariamente, o casal esteja reunido porque pretende constituir um ambiente propício à sua livre realização pessoal”. (Almeida e Rodrigues 2010, p. 317)

A partir da valorização dos laços afetivos e da garantia da dignidade da pessoa humana, a lei também reconhece como famílias arranjos formados por pai ou mãe e seus descendentes. Esta modalidade de organização familiar é desprovida de uma das figuras parentais, sendo denominada de família monoparental. Nesta conformação estão os pais e mães solteiros e pais e mães separados que não tenham constituído nova associação familiar de natureza sexual.

Outra forma de organização familiar se dá através do reconhecimento da “convivência entre parentes ou outras pessoas, ainda que não parentes

dentro de uma estrutura com identidade de propósitos, como entidade familiar, denominada de anaparental”. (DIAS, 2009, P. 48) Nesta circunstância, a inexistência de qualquer relação sexual não impede a caracterização da mesma como família, pois o que importa é a convivência entre os indivíduos.

Em razão da pluralidade das relações parentais, em decorrência do divórcio, da separação, de novo casamento, que dão origem a famílias não-matrimoniais, o legislador reconheceu essas relações como tipos de estrutura familiar pluriparental, por se configurarem a partir de núcleo monoparental, evoluindo como um mosaico.

Por fim, há o reconhecimento de uniões homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, caso que, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal, faz jus à tutela jurídica, uma vez que o caráter afetivo do vínculo em nada o distingue das uniões heterossexuais, o que leva a inferir que a mesma pode ser identificada como união estável. Sua justificativa é a aceitação do princípio da dignidade humana, que afirma o direito de opção de vida no plano privado a todo indivíduo.

Na perspectiva do reconhecimento da união homoafetiva como estrutura familiar, Dias ressalta que

[d]iante da abertura conceitual, levada a efeito pela Constituição, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento caracterizador da família. Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não mais cabe excluir do conceito de família as relações homoafetivas. (DIAS, sem data, p. 5)

No entanto, é a partir do conceito de família incorporado pela lei Maria da Penha que as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidade familiar, pois fica assegurada a proteção legal às relações entre homem e mulher e entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de a lei ter como tema principal a proteção à mulher contra a violência doméstica, acabou por cunhar um novo conceito de família, ao estabelecer, no art 2º, que “toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerente à pessoa humana”.

Diante da ampliação do conceito de família, esta passa a ser compreendida como lugar de relações de afeto e promoção da dignidade humana, tendo em vista que os relacionamentos são mais abertos, democráticos e plurais, o que permite a cada pessoa obter de fato a realização da felicidade. Assim, familiares são tanto os membros da “família nuclear, correspondente ao conceito restrito atual – como ambiente de convivência afetiva, permanente e ostensiva, quanto às outras entidades familiares reconhecidas por lei, a partir do conceito ampliado de família”. (Almeida e Rodrigues, 2010, p. 317)

Conclui-se, então, que o mais importante para o reconhecimento da unidade familiar são laços afetivos e não mais o matrimônio legal que, por muitos anos determinou as relações de família. A família contemporânea rompe com o ideal de família tradicional e dá visibilidade a outras estruturas familiares. Desfaz, também, a concepção de filhos ilegítimos, pois a Constituição Federal de 1988 reconhece todas as formas de filiação perante o Estado.

Com a valorização da família e de todos os membros que dela fazem parte, a criança ou o adolescente passa a ter “destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho”. (PEREIRA, 2005, p. 127) O que implica dizer que precisa dos cuidados e carinho de seus pais ou responsáveis.

Fachi, citado por Pereira, vai dizer que

de acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional. (FACHI, citado por PEREIRA 2005, p127-128)

Partindo dos valores vigentes relativos à família, à criança e ao adolescente, os direitos da infância e adolescência serão tratados no próximo capítulo, buscando demonstrar o quanto foi importante a ampliação do entendimento de família e o reconhecimento da igualdade dos filhos perante a lei para que estes fossem reconhecidos como sujeitos de direitos e não meros objetos do direito.

CAPÍTULO II

CRIANÇA E ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Se até meados do século XX a lei só concedia proteção à família que fosse constituída a partir do matrimônio, também não era diferente menos restritiva visão do direito para a prole. Assim, os filhos concebidos dentro do casamento não eram objeto de legislação especial, pois partia-se do princípio de que a família era a responsável por sua educação e cuidado, não competindo ao Estado regular o modo como tais tarefas seriam cumpridas.

Para compreender melhor a construção do direito da criança e do adolescente, faz-se necessário levar em consideração características do contexto social, cultural e econômico do Brasil. Nesta perspectiva, verifica-se que o Brasil teve em 1871 a primeira lei que tratou da criança. Esta foi a Lei do Ventre Livre, princípio criado para proteger os filhos das escravas.

Nos termos desta lei, ficou assegurado o direito de liberdade dos filhos das escravas.

Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§1. Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.¹

Tem-se aí a primeira lei que considerou o direito de liberdade da criança e buscou protegê-la, ainda de maneira incipiente, pois ainda se visava a atender os interesses dos proprietários, que não queriam perder a força de trabalho.

¹ Lei do Ventre Livre de 1871, disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Hist%C3%B3ricos-Brasileiros/lei-do-ventre-livre.html> Acesso em 18 de novembro de 2011.

Só em 1927, com o Código do Menor (Decreto nº17. 943, de 12/10/27) que ficou conhecido como Código Mello Mattos² é que se sistematizou uma legislação voltada para a criança. De acordo com Pereira (1996, p. 16), o Código “representou a abertura significativa do tratamento à criança para a época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral e mental da criança, e ainda a situação social, moral e econômica dos pais”.

Este código abrangia os menores de 18 anos de ambos os sexos que se encontrassem na condição de abandonados ou delinqüentes. Por ser uma lei que abordava aspectos críticos da condição da infância e da adolescência, seu autor teve o cuidado de descrever, no art. 26, como caracterizar o abandono e a delinqüência nesta faixa etária, afim de que fossem identificados os que deveriam ser submetidos às medidas de assistência e proteção prescritas no Código³.

² [...] foi assim chamado em homenagem a seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos. Nascido em Salvador-BA, em 19-03-1864, Mello Mattos seria não apenas o seu idealizador, mas também o 1º juiz de Menores do Brasil, nomeado em 02-02-1924, exercendo o cargo na então capital federal, cidade do Rio de Janeiro,juizado criado em 20-12-1923, até o seu falecimento, em 1934. AZEVEDO, Maurício Maia de. O Código Mellos Mattos e seus reflexos na legislação posterior. S/Data, p. 3. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em 08 de novembro de 2011.

³ I - que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;
 II - que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;
 III - que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho ou pupillo ou protegido;
 IV - que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios à moral e aos bons costumes;
 V - que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;
 VI - que freqüentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.
 VII - que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:
 a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;
 b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis à saude;
 c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias à moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;
 d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;
 VIII - que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrível:
 a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;
 b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimprensa.htm> Acesso em 08 de novembro de 2011.

Em 1979, o Código do Menor ou Mello Mattos foi revogado pela lei nº 6.697/79, que regulamentou um novo Código de Menores. Este dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de 18 anos em situação irregular. Era uma legislação direcionada para segmento da sociedade identificado como vivendo em situação precária, “privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, ainda que de modo eventual. Segunda esta lei, tal situação poderia ter várias causas, devidamente identificadas, de acordo com o art. 2º:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal⁴

Verifica-se que o legislador tinha em mente um grupo específico, o de crianças e adolescentes identificados como carentes, inadaptados, abandonados ou infratores. A estes o Estado devia proteção, pois se achavam em situação de perigo, que os levava à marginalização mais ampla. O Código previa punições para menores infratores, sem levar em conta sua condição de ser humano em desenvolvimento físico e emocional.

Pode-se dizer que o Código do Menor visava a manter o controle social sobre crianças e adolescentes quando “vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos⁵”. Não se pretendia a prevenção, mas a resolução da desordem já instalada. Assim, preconizava-se a intervenção pública em duas perspectivas, a saber, de um lado, o assistencialismo e, de outro, a ação corretiva. Dentro dessa lógica de atuação, o Código do Menor tinha como diretiva garantir a ordem social. Nessa perspectiva, as crianças cuidadas pela família não eram objeto do Direito. Este

⁴ Lei 6.697/79, art. 2º, incisos I, II, III, IV, V e VI.

⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e Adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. S/Data, p. 16. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/208.htm>> Acesso em 08 de novembro de 2011.

se ocupava somente de crianças pobres, abandonadas ou delinqüentes, em situação irregular, conforme justificativa da lei.

Gomide, citada por Pereira, ressalta que:

[...] o Estado assume a tutela do menor abandonado ou infrator e a política passou a ter um caráter assistencialista, cuja principal ação foi abrigar e alimentar as crianças e adolescentes abandonados dos países. [...] aqui o assistencialismo deve ser compreendido como uma ação política de manutenção do status quo do atendido, pois certamente esta ação não tem a preocupação de alterar as condições em que o miserável vive. (GOMIDE, citada por PEREIRA, 96, p.19)

O autor chama a atenção para os princípios normativos que orientavam o Código do Menor. Este não reconhecia direitos dos menores no sentido de igualá-los aos demais de sua faixa etária. A proteção proposta visava a promover assistência e vigilância da criança e adolescente em situação irregular, com o intuito maior de assegurar a segurança e paz de toda a sociedade.

Mas, fora do Brasil, já se organizavam grandes movimentos em prol da proteção integral de crianças e adolescentes. A Declaração de Genebra, de 1924, foi pioneira na afirmação dos direitos da criança, ainda na perspectiva de submissão ao adulto.

Esta declaração não surtiu muito efeito, provavelmente por “de forma alguma, obrigar os Estados, uma vez que era tomada como uma declaração de obrigações dos homens e mulheres de todas as nações”. (Souza, 2002, p. 02) A Declaração foi recebida como recomendação de que os Estados incorporassem o reconhecimento de direitos específicos das crianças às suas Constituições.

Foi a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que esta recomendação ganhou maior força política.

“[A] criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais. Tal reconhecimento deu-se por força do item 2 do artigo XXV (da Declaração), onde se dispôs claramente que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. (SOUZA, 2002, p. 02)

Através deste dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Nações Unidas estimularam a discussão e aprovação de tratados

internacionais como forma de proteger os direitos da criança, até que uma resolução especial sobre a questão fosse aprovada. Como resultado deste processo de construção do direito da criança chegou-se à Declaração Universal dos Direitos da Criança, datada de 1959, que se tornou referência no âmbito internacional, com valor de lei.

Esta Declaração é constituída por dez princípios que têm por finalidade orientar todos os Estados na construção de normas que garantam o direito da criança. Podem ser assim resumidos: todas as crianças devem gozar de todos os direitos enunciados na declaração, sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política; têm direito a proteção especial, oportunidades e facilidade para proporcionar seu desenvolvimento saudável e harmonioso; toda criança deverá beneficiar-se da segurança social; “na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afeto e segurança moral e material”; toda “criança deve ser protegida contra todas as formas de abandono, crueldade e exploração”.

No espírito da valorização dos direitos da criança, a Constituição Federal de 88 determina, no art. 227, que

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Assim sendo, a partir da CF/88 as crianças e adolescentes passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos. Determina-se que seja responsabilidade da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos da criança e do adolescente. Acompanhando a ampliação dos direitos desse grupo social, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989, definiu direitos humanos comuns a todas as crianças. Como fruto dessa convenção, afirmou-se a “doutrina da Proteção Integral, segundo a qual crianças e adolescentes possuem características específicas e peculiares à sua condição, que devem ser atendidas por políticas públicas específicas”.

O reconhecimento da igualdade entre todas as pessoas e a garantia de direitos também estendida à criança e ao adolescente, independente de sua condição social, classe, cor, origem familiar, ou seja, a partir da premissa de que todos os sujeitos são iguais perante a lei, abole-se a justificativa da condição de submissão da criança e do adolescente ao mundo dos adultos.

Na perspectiva de valorização dos direitos da infância e adolescência, e para realizar o previsto na CF/88, foi elaborado o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, detalhado na lei 8.069/90. O Estatuto baseia-se na doutrina da proteção integral à criança e adolescente e determina, nos artigos. 3º e 4º, que

[a] criança e o adolescente gozam 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

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.

Os dispositivos da CF/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente foram essenciais para a reformulação da legislação que trata da criança e da família. Foi definitivamente superado o paradigma da “situação irregular” como referência para o tratamento jurídico e social de crianças e adolescentes.

De acordo com Pontes Jr., citado por Pereira, a concepção da proteção integral da criança e do adolescente está relacionada ao entendimento de que

“criança e adolescente são sujeitos de direitos universalmente reconhecidos, não apenas de direito comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade”. (Pontes Jr., citado por Pereira, 96, p. 28)

Com o novo ordenamento jurídico, a responsabilidade sobre os filhos, historicamente associada à família, passa a ser compartilhada com a sociedade e com o Estado. Prevalece a perspectiva de promoção e proteção dos direitos de toda a criança e de todo o adolescente, sem distinção de classe

social, cor, raça ou gênero. Tal visão valoriza a família e, no plano legal, busca evitar que a prole seja afastada de sua família de origem e colocada em instituições quando se configura algum problema no cuidado de crianças ou adolescentes.

Neste contexto de redefinição dos direitos da criança e do adolescente, Dias, citado por Pereira, conclui que

“a Constituição, assim, tutela o menor, enquanto criatura humana, enquanto sujeito de direito, preserva-lhe tratamento de respeito e lhe cultua a dignidade, impõe-lhe proteção, zela pela preservação de sua família, dita preceitos que o Estatuto da Criança e Adolescente explicita, que o Código Penal protege, penalizando os que ousam violá-los” (DIAS citado por PEREIRA, 96, p. 82)

A criança e o adolescente, nesta nova perspectiva normativa, usufruem de toda uma estrutura de direitos, que vão desde a garantia do seu exercício da cidadania até a penalização daquele que não cumpre os deveres requeridos pela sua proteção integral. Crianças e adolescentes passam, então, a ser sujeitos de direitos de fato, quebrando, de uma vez por todas, com a concepção de que são pobres coitados que necessitam de caridade ou de tutela meramente material.

Sem dúvida, o ECA representa efetivamente uma nova concepção dos direitos da criança e adolescente, conforme explicitado em seu art. 19:

toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O legislador, ao assegurar a prioridade da convivência dos filhos na família de origem, reforçou a orientação dada no artigo 227 da CF/88. Deixou claro que o direito de convivência familiar dos filhos é assegurado e que compete à família biológica o cuidado e a promoção do seu desenvolvimento. Essa determinação decorre da premissa de que os laços afetivos, de origem biológica são essenciais para o desenvolvimento emocional normal da criança e do adolescente. O legislador partiu da premissa de que, no seio familiar, realiza-se o melhor interesse da criança e do adolescente.

Como foi mostrado no capítulo anterior, a regulamentação sobre a família também passou por um processo de transformação e o reconhecimento de outras formas de estrutura familiar foi de extrema importância para os avanços e a garantia dos direitos da criança e do adolescente. Na direção da valorização da convivência familiar, a família passa a ser compreendida como lugar de “referência de afeto⁶, proteção e cuidado. Nela, os indivíduos constroem seus primeiros vínculos afetivos, experimentam emoções, desenvolvem a autonomia, tomam decisões, exercem cuidado mútuo e vivenciam conflitos.” (BRASIL, SEDS, p.42)

Nesse sentido, as relações familiares são compreendidas e fundamentadas na afetividade que, segundo Oliveira, citado por Simões (2007), é “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 — [esta] é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.”

A família, por ser o primeiro ambiente no qual a criança estabelece os vínculos com outros indivíduos e participa da vida coletiva, representa espaço privilegiado de ambiente de carinho e apoio, facilitando, assim, a socialização e a integração da criança na sociedade.

Objetivando valorizar e fortalecer a convivência familiar, determinou-se que cabe ao poder público proporcionar condições de manutenção da família. É o que determina o art. 226, § 8º da CF/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁶ De acordo com Vilas-Bôas (2010), o afeto, com certeza, é o principal fundamento das relações familiares. Assim podemos afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana. VILAS-BÔAS, Renata Malta, A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. 07/06/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=615>>. Acesso em 28 de outubro de 2011.

Observa-se que o legislador reconheceu todos os membros da família como sujeitos de direitos e, ao mesmo tempo, como promotores dos direitos da criança e do adolescente.

Outro ponto de extrema relevância foi o avanço em relação aos direitos sobre os filhos. Superando a visão tradicional, segundo a qual só o pai detinha o controle sobre os filhos, o ECA determina que “o poder familiar é exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente [...]”. (Lei 8.069/90, art. 21)

Ao legitimar ambos os pais como responsáveis pelos filhos, torna-se clara a importância da família no processo de seu desenvolvimento e proteção. Assim, a convivência com a família passou a ser preconizada como direito da criança e do adolescente acima de qualquer outro ordenamento.

Mas, apesar de a família ser o lugar de proteção e cuidado, pode ser também espaço de conflito e de violação de direitos da criança e do adolescente. Quando estes estão em risco, cabe ao Estado intervir com o intuito de preservar os seus direitos e integridade.

Levando em conta esta possibilidade, a lei 12.010 de 2009 regulamenta a adoção e, ao fazê-lo, alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e adolescente.

Neste sentido, ela dispõe, no parágrafo 1º do art. 1º, que

[a] intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer ressalvados absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Para cumprir sua tarefa de protetor dos direitos desse grupo social, o Estado deve dispor de serviços e equipamentos especializados. A diretiva dominante nesses serviços é a valorização da família natural como melhor ambiente para a criança e o adolescente. Nesse sentido, deve promover ações que levem à “[...] superação de conflitos nos relacionamentos sociais em que se defrontam interesses individuais e coletivos” (Pereira, 1996, p. 163). Só excepcionalmente se deveria optar pela

inserção em lar substituto como medida protetiva, excepcional, destinada a situações de risco, desde que comprovada a impossibilidade de a família natural prover as condições básicas exigíveis. Somente após acompanhamento técnico-jurídico verificatório da inexistência de condições dos genitores, inicia-se a colocação em lar substituto. (ZAZUR, 2010, p.5 e 6

Identificada a necessidade de afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, mesmo que temporário, recomenda-se que seja realizada uma avaliação minuciosa dos “riscos a que está submetido a criança ou o adolescente e as condições da família para a superação das violações e o provimento de proteção e cuidados, bem como os recursos e potencialidades da família extensa e da rede social de apoio”. (BRASIL, SEDS, p.50) Esta diretiva legal leva em conta a profunda repercussão que a decisão de afastar da família trará para a criança ou o adolescente, atingindo a família. O critério orientador da decisão é sempre o melhor interesse destes e o menor prejuízo para o seu desenvolvimento.

No caso da inviabilidade de permanência na família natural, e em função da intervenção que resulta na retirada da criança ou do adolescente desse ambiente, o Estatuto da Criança e Adolescente determina, no art. 19, parágrafos de 1º, 2º a 3º, o seguinte:

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28⁷ desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos

⁷ Art. 28 - a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

termos do parágrafo único do art. 23⁸, dos incisos I e IV do caput do art. 101⁹ e dos incisos I a IV do caput do art. 129¹⁰ desta Lei.

Nos parágrafos citados acima verifica-se a preferência do legislador pela família natural como ambiente mais adequado para a criança e para o adolescente, mesmo que esta tenha de ser incluída em programa de auxílio visando ao resgate dos direitos dos filhos e ao fortalecimento dos vínculos familiares.

No entanto, existem situações em que é inevitável a colocação da criança ou adolescente em família substituta como forma de proteção contra os riscos de violação dos seus direitos, que pode se dar por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão da sua conduta.

De acordo com Pereira,

a colocação em família substituta não é uma idéia recente no Direito Brasileiro. Apesar de não utilizar o termo “família substituta”, o Código de 1916 sistematizava com regras próprias a Tutela e a Adoção e referia a Guarda como dever dos cônjuges. O Código de Menores de 1979 previa no art. 14. III a colocação do menor entre as medidas de assistência e proteção, visando, fundamentalmente à sua integração sociofamiliar. [...] a colocação em lar substituto era através de cinco diversas modalidades: Delegação de Patrio Poder, Guarda, Adoção simples e Adoção Ampla. (PEREIRA, 96, p. 228)

Conforme demonstra o autor, a retirada da criança do seio da família era prevista desde o início do século XX, porém dentro de outra lógica de

⁸ Art. 23 - a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

⁹ 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 em estabelecimento 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;

¹⁰ Art. 129 - são medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

ordenamento social. Essa concepção foi alterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que extingue a noção de Pátrio Poder, e passou a adotar a noção de Poder Familiar. Especifica o papel da família substituta por meio de formas diferenciadas, a saber, a guarda, a tutela e a adoção, prevalecendo a prioridade da convivência familiar.

O art. 28 do ECA determina que

[a] colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

A lei preconiza que a família natural é o melhor lugar para o desenvolvimento da criança e do adolescente, mas reconhece, também, que existem situações em que o Estado tem que intervir no núcleo familiar para assegurar que este ambiente seja efetivamente o espaço de promoção e proteção dos direitos dos filhos. Assim, a substituição familiar visa a proporcionar à criança e ao adolescente as condições de convivência semelhantes às de sua família natural. É nessa lógica que determinou-se, no art.28 do ECA as diretrizes a serem seguidas em situações de risco para a criança ou adolescente. A regra, então, é a opção pela família natural, a colocação em família substituta é a exceção. Esta medida protetiva poderá ser realizada mediante uma das três formas, a guarda¹¹, a tutela e a adoção.

Outro ponto de destaque no que se refere ao valor dado à família natural encontra-se nos parágrafos 2º e 3º da Lei de Adoção, que determina a oitiva do adolescente acima de 12 anos quanto ao seu interesse, bem como recomenda que a colocação em família substituta deve ter como critério norteador o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade entre os envolvidos. O objetivo é evitar ou minimizar as conseqüências potencialmente negativas decorrentes da medida e evitar o rompimento dos vínculos familiares. O legislador prescreve a não separação dos irmãos e determina que a inserção em família substituta deverá ocorrer gradativamente e com acompanhamento contínuo. Todas estas recomendações visam a garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo o grande objetivo a reintegração da criança ou do adolescente à sua própria família.

No âmbito das ações do poder público e visando a atender as determinações legais quanto ao direito da criança e do adolescente, foi organizado o programa de acolhimento familiar. Este identifica famílias que não

¹¹ A palavra guarda “é derivada do antigo alemão “Warrem” (guarda, espera) de que se formou o francês ‘garde’ pela substituição do ‘W’ pelo ‘G’, é empregado em sentido genérico para exprimir ‘proteção’, ‘observação’, ‘vigilância’ ou ‘administração’ (...)” A Guarda de pessoas é “a obrigação atribuída a determinado indivíduo por lei ou decisão judicial, para que esta mantenha sob sua autoridade e proteção outra pessoa, visando a sua manutenção, ensino tratamento ou custódia” (SILVA, citado por PEREIRA, 96, p. 236)

têm perfil para adoção, mas estão preparadas para receber a criança ou o adolescente por um período curto e de maneira excepcional, até que sua situação seja resolvida. Assim, a medida de proteção através do acolhimento familiar tem por finalidade evitar que a criança ou o adolescente perca o que é mais importante no que se refere ao direito de convivência familiar e comunitária, que é o convívio diário com os membros de uma família, reunidos em uma casa que pode ser vista pelo acolhido como um lar.

Só mediante a inexistência de famílias cadastradas com esse perfil a criança ou adolescente será encaminhado para o acolhimento institucional. Parte-se da premissa de que, por mais que a instituição seja bem estruturada, ao passar a viver neste local, o tratamento deixa de ser personalizado. Quando são esgotados todos os recursos legalmente previstos no âmbito da reintegração familiar, passa-se a considerar a opção da adoção.

A preocupação com esta seqüência de passos nem sempre existiu. Até a década de 80, a legislação sobre adoção visava a atender os interesses dos adultos e não da criança ou do adolescente. Só a partir da CF/88 e do ECA esta concepção foi modificada. A legislação passa a ter como referência a proteção integral à criança e ao adolescente no âmbito da convivência familiar. Esta compreensão levou a profundas mudanças em relação às diretrizes para a adoção. Como marco das transformações, há o reconhecimento da igualdade entre os filhos de um casal e a garantia do melhor interesse destes por meio da proteção integral, sejam eles filhos naturais ou adotados.

De acordo com Dias, as alterações na lei de adoção mudaram

“o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo-se a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. Agora a adoção significa muito mais a busca de uma família para uma criança. Foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e que significava a busca de uma criança para uma família”. (DIAS, 2009, p. 434)

Assim, a adoção de uma criança ou adolescente tem por finalidade proporcionar a garantia dos direitos e promover a convivência familiar por meio da construção de laços afetivos. Quando se verifica a impossibilidade de a criança ou adolescente permanecer no seio de sua família natural, a adoção

surge como alternativa para a reconstrução dos laços afetivos e a proteção de seus direitos.

Conforme orientação do legislador no parágrafo 1º do art. 39 da lei 12.010/2009 que trata especificamente do assunto, “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”. Observa-se que o legislador busca sempre o melhor interesse da criança e sempre reafirma a necessidade de preservar os laços afetivos construídos nas relações com a família natural e com a família extensa.

Partindo da premissa de que o mais importante para que ocorra a adoção é a garantia dos direitos da criança e do adolescente, o artigo 42 da lei 12.010/09 determina o seguinte:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Então, qualquer pessoa, independente do estado civil, está apta a adotar, desde que tenha mais de 18 anos. A adoção também pode ser feita por quem é casado ou vive em união estável, ou somente por um, mas é necessário que haja a concordância do cônjuge ou companheiro e se demonstre estabilidade familiar, ou seja, que a unidade familiar se sustente em laços de afetividade. Em relação à orientação sexual, a lei é omissa, o que permite concluir que não existe obstáculo à adoção para casal homoafetivo. As únicas exigências para o deferimento da adoção estão relacionadas às reais vantagens para o adotado e se fundamentam em motivos legais.

Nesse sentido, pode-se concluir que a intervenção do Estado na família tem sempre um caráter protetivo, pois predomina a preocupação com a

preservação dos direitos da criança e do adolescente e de seu desenvolvimento equilibrado, tanto do ponto de vista físico, quanto emocional.

No próximo capítulo serão apresentadas diferentes opiniões sobre a qualidade da legislação atual referida a crianças e adolescentes, visando a identificar falhas ou críticas observadas por pessoas que, por dever do ofício, devem cuidar da aplicação das normas que regulamentam os direitos de crianças e adolescentes, já reconhecidos nas leis brasileiras.

CAPÍTULO III

CONCLUSÃO: debates relevantes sobre o direito de família e o estatuto da criança e do adolescente

Muitos foram os debates focalizados nos direitos de família até se chegar à forma atual da legislação brasileira.

Como marco legal do processo de valorização dos direitos da criança e do adolescente destaca-se o Estatuto da Criança e Adolescente. Este constituiu um novo ordenamento jurídico que incorporou concepções avançadas já vigentes em democracias liberais consolidadas.

A família foi consagrada como o ambiente mais saudável e propício para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Ao Estado e à sociedade cabe proporcionar condições para que os direitos reconhecidos sejam efetivamente cumpridos.

Após vinte e um anos de vigência do Estatuto, é notório que muitos foram os avanços alcançados no âmbito do direito de família. Mas, persistem problemas no âmbito da implementação das ações nele previsto. Tais problemas são identificados por diferentes tipos de profissionais aos quais cabe colocá-lo em prática.

Destacam-se como pontos polêmicos no Estatuto, que têm dado origem a discussões tanto âmbito do sistema jurídico, como no da opinião pública.

Os nós críticos da aplicação da legislação podem ser identificados através de opiniões de pessoas que, pela prática profissional, têm sua área de atuação delimitada por prescrição desta lei. Alguns depoimentos relevantes são a seguir apresentados.

A Promotora de Justiça, Dra. Sandra de Albuquerque Beze, da Promotoria de Justiça de Família, no II Encontro Nacional de Serviço Social no Ministério Público, realizado em Brasília no ano de 2008, comentou o impacto da lei no trabalho rotineiro do juiz, tornando o de decidir mais complexo.

O direito de família tem hoje novos paradigmas e não mais se resume à aplicação pura e simples da lei, busca sobretudo a solução ou pelo

menos a amenização dos conflitos originados pela dissolução do casamento. [...] O casal que está em litígio muitas vezes não consegue separar a relação conjugal da relação parental, o que torna as questões relativas aos alimentos e à guarda dos filhos uma verdadeira batalha pessoal. Torna-se muito difícil numa audiência ou mesmo no cotejo das provas produzidas no processo, ter uma idéia do contexto familiar e dos sentimentos que impulsionam cada uma das partes. (grifo meu)

Percebe-se na fala da promotora a preocupação com o bem estar dos filhos, no contexto da separação dos pais, nem sempre amigável. Apesar de a lei preconizar que a separação dos pais não implica rompimento dos laços familiares entre pais e filhos, quando o juiz se depara com situações como a descrita na citação fica muito difícil assegurar e identificar o melhor interesse da criança e do adolescente no convívio familiar alterado.

Também é ressaltado o prejuízo para a proteção integral a omissão da família que vivencia a situação da violência, seja causada por medo, por negação da gravidade do caso ou por ameaça do abusador. Em muitos casos, a criança ou o adolescente não denunciam o abuso sofrido. Quando este se torna conhecido, o direito à proteção integral já foi amplamente negado. Os procedimentos previstos na legislação não garantem rapidez e eficiência na identificação de abusos cometidos contra crianças adolescentes dentro da própria família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 130 determina que verificada a situação de violência sexual deverá se aplicar medida cautelar e o afastamento do abusador. Azambuja (2004, p. 86) ressalta que a medida, na prática, tem se mostrado pouco eficaz, em razão de a “ordem judicial não ter o condão de manter o agressor longe da moradia comum, especialmente nos casos em que conta o abusador com a convivência da mulher ou companheira”

De acordo com profissionais que atuam na área, citados por Azambuja,

[a] medida de afastamento do agressor só tem resultado se houver uma coação, já prevista na justiça penal, em relação à volta à moradia comum. Os componentes da família precisam ser altamente fortalecidos para que possam conseguir garantir que o agressor não volte, situação muito comum, uma vez que este, na maioria, exerce uma pressão física, psicológica e social sobre os membros da família, ameaçando-os de forma objetiva. (AZAMBUJA, 2004, p. 87)

Como demonstram os dados oficiais, só o cumprimento da medida de afastamento não é suficiente. É preciso envolver a família em ações que

propiciem o fortalecimento das relações internas para que, assim, a criança ou o adolescente seja mantido longe do agressor.

A medida protetiva de acolhimento institucional é outro ponto da legislação que tem merecido críticas. O ECA, no parágrafo 1º, do artigo 101, estabelece que a institucionalização é uma medida provisória e excepcional, que deve ser utilizada de maneira transitória antes que se promova a reintegração familiar e que, quando esta não é possível, seja providenciada a colocação em família substituta.

De acordo como os profissionais que atuam em abrigos, a medida de abrigo, que deveria ser provisória, tem sido prolongada. Como nó crítico dessa determinação, eles apontam a falta de delimitação oficial de prazos e a insuficiência de políticas sociais que propiciem à família condições para restabelecer o convívio normal e harmonioso. Segundo Oliveira,

[...] o estabelecimento de um prazo não é suficiente, visto que as dificuldades para promover a reintegração familiar também estão relacionadas com aquelas que levaram ao abrigo: falta de moradia e de trabalho, problemas de saúde, inclusive dependência química, ausência de rede familiar e social de apoio e insuficiência de programas sociofamiliares e de políticas básicas que assegurem às famílias condições dignas de sobrevivência para que protejam seus membros. (Oliveira, 2007)

Os entraves na articulação entre os serviços, em suas diversas instâncias, tem se mostrado outro ponto frágil para a efetividade do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. Este aspecto é observado nas falas abaixo, citadas por Oliveira, (2007)

...a princípio existe uma distância muito grande com a figura do Juiz da Vara. Eu nunca falei com o Juiz da Vara da Infância, nem eu e nem os outros conselheiros. A gente já se encontrou nos corredores do Fórum, mas nunca um diálogo direto...

(Conselheiro Tutelar de município da Grande São Paulo)

...não pode padronizar trabalho entre as Varas porque são regiões diferentes, mas a comunicação é muito falha dentro do tribunal, cada um faz uma coisa, os técnicos, juiz, promotor...

(Assistente Social/Psicólogo da VIJ da capital)

Outro grande desafio ainda não bem resolvido é a adoção por casal homossexual, levando-se em conta que pode ser considerado o melhor interesse da criança. Para alguns, a adoção não deve ser aprovada porque a união homoafetiva é uma associação não segura e permanente. Mas, esta não é a opinião do Ministro Luís Felipe, do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, que concedeu a adoção a casal homoafetivo por entender que “os laços afetivos entre as crianças e as mulheres (casal) são incontroversos e que a maior preocupação delas é assegurar o melhor para as crianças”. Vale destacar que essa decisão foi inédita no Brasil e abriu precedentes para os requerimentos de outros casais homoafetivos.

Os pontos acima destacados mostram que a legislação progrediu muito. No entanto, o direito à convivência familiar assegurado no artigo 19 do ECA, em casos concretos, ainda se depara com muitos desafios.

Verifica-se que a garantia da proteção integral reporta-se ao universo de relações sociais muito mais complexos do que a legislação. Para que a mesma seja assegurada a todas as crianças e adolescentes é preciso comportamentos mais constante e efetivo do poder público e de entidades civis e da própria opinião pública.

O estudo realizado permitiu concluir que há necessidade de análises mais críticas e detalhadas dessa legislação para que sua aplicação seja efetiva e eficaz na prática, garantindo, assim, o direito à proteção integral de criança e adolescentes, dentro e fora da família.

Ressalte-se que a realização deste estudo foi muito instigante e desafiador, pois possibilitou à autora conhecer um pouco mais da importância do direito de família e de seu impacto na constituição de uma sociedade mais coesa e responsável na criação de condições de desenvolvimento completo e harmonioso de crianças e adolescentes, que constituem a matéria prima de seu futuro.

Referência Bibliográfica

ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: família. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência Sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança? Porto Alegre, Livraria do advogado, editora, 2004.

AZEVEDO, Maurício Maia de. O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior. S/Data, p. 3. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em 08 de novembro de 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>, acessado em 03 de junho de 2011.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL, LEI nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL, LEI nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outra providências.

BRASIL, Lei do Ventre Livre de 28 de setembro de 1871. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Hist%C3%B3ricos-Brasileiros/lei-do-ventre-livre.html> > Acesso em: 18 de novembro de 2011.

BRASSIL, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 02 de outubro de 2011.

BRASIL, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm> .Acesso em: 08 de novembro de 2011.

BRASIL, Ministério Público de Minas Gerais. Faltam Políticas Públicas. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/ublic/interno/repositorio/id/19762>> Acesso em: 20 de novembro de 2011.

BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília-DF, dezembro de 2006.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (89). Disponível em: <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.loc.gov/law/help/child-rights/international-law.php>> Acesso em: 08 de novembro de 2011.

Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19101929/D17943Aimpressao.htm> Acesso em 08 de novembro de 2011.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5 ed. Revisada, atual e ampliada – São Paulo: editora dos tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. A família homoafetiva e seus direitos. S/D. 14.p Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45__a_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf> Acesso em: 02 de outubro de 2011.

Encontro Nacional de Serviço Social no Ministério Público, II, 2008 Brasília. Relatório final. O tema norteador das discussões foi “A instrumentalidade do Serviço Social”. Disponível em:< <http://www.mpdf.gov.br/senss/relatorio.htm> > Acesso em: 30 de novembro de 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 307, 10 maio 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em 28 de agosto de 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 23/03/2004 Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 26 de setembro de 2011.

OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Quero voltar para casa: o trabalho em rede e a garantia do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes que vivem em abrigo. - São Paulo: AASPTJ – SP, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB - MG: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e Adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. S/Data, p. 16. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/208.htm>> Acesso em 08 de novembro de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Mantém adoção de criança por casal homossexual. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. V. 20 , ferv/março de 2011.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Família Constitucionalizada e Pluralismo Jurídico. 2000. p. 61-69,

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Família afetiva - O afeto como formador de família. 24/10/2007 Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2568>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

VILAS-BÔAS, Renata Malta, A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. 07/06/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=615>>. Acesso em 28 de outubro de 2011.

ZAZUR, Cássio Roberto Teruel. Comentários à lei nº 12.010/2009. Ministério Público do Estado de Goiás, Escola Superior do Ministério Público – Centro de apoio operacional da infância, juventude e educação. 2010. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/comentarios_lei__12.010.pdf> Acesso em: 08 de novembro de 2011.