

SERGIO LUIZ KREUZ

**DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA
PERSPECTIVA DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALTERNATIVAS**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção de título
de Mestre em Direito das Relações Sociais.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

**CURITIBA - PR
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

SERGIO LUIZ KREUZ

DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA
PERSPECTIVA DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALTERNATIVAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
UFPR

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
UFPR

Prof. Dr. César Fiuza
PUC/MG

Curitiba, 19 de agosto de 2011.

A meus pais Romeu Jacob e Maria Terezinha, pelo amor e pela educação que me proporcionaram, mas, principalmente, pelo exemplo.

A minha esposa Rubiane, pela compreensão, carinho e incentivo.

A minhas filhas Nicole Elise e Sofia, sujeitos e titulares de direitos.

A minha afilhada Kettelyn, acolhida e em família acolhedora desde 2005, que me ajudou a compreender o drama das crianças acolhidas institucionalmente.

A todas as crianças e adolescentes acolhidos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e da fé.

Ao Professor Doutor Luiz Edson Fachin, pela orientação, apoio, incentivo e, principalmente, pelo exemplo de vida.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial aos dirigentes e professores do Mestrado, pela oportunidade de voltar aos bancos escolares.

À UNIVEL, que acreditou no meu trabalho.

Aos amigos do Curso de Mestrado, pelo companheirismo.

À Equipe Técnica da Vara da Infância e da Juventude, pelo apoio.

RESUMO

O presente estudo discute a questão da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil. Inicia-se com a análise histórica dos acolhimentos no Brasil, por muito tempo toleradas e estimuladas, as transformações familiares e a família como espaço privilegiado para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Apresenta a situação atual dos acolhimentos, suas causas e consequências. O direito à convivência familiar é analisado na perspectiva dos princípios constitucionais e como um direito fundamental. A efetivação desse direito fundamental tem como responsáveis a família, a sociedade e o Estado. A família e, conseqüentemente, a criança e o adolescente, sofrem pela falta de políticas públicas e programas de prevenção ao abandono. Infelizmente, o direito à convivência familiar, apesar de inúmeras tentativas legislativas de conter os acolhimentos e diminuir a sua duração, continua sendo reiteradamente descumprido, em grande parte, pela omissão da família, da sociedade e do Estado. Neste sentido, foram apresentadas e analisadas alternativas ao abandono e a institucionalização. A efetividade do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar passa pela compreensão, pelos diversos atores de proteção à criança e ao adolescente, da transição paradigmática da doutrina da situação irregular para a da proteção integral. Passa, também, pela mudança de postura do Poder Judiciário, posto que se tornou, pela nova Lei 12.010, de 2009, protagonista na efetivação do direito à convivência familiar e deve exercer o controle sobre os acolhimentos institucionais, zelando pela celeridade e o respeito a este direito fundamental. Somente por meio de uma reordenação do Sistema de Justiça, com vistas à interdisciplinaridade e respeito aos princípios constitucionais, em especial, o da prioridade absoluta, será possível dar efetividade a este direito de toda criança e adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: CRIANÇA E ADOLESCENTE. FAMÍLIA. INSTITUCIONALIZAÇÃO. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ALTERNATIVAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO. PODER JUDICIÁRIO E ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS.

ABSTRACT

This study brings the discussion about the institutionalization of children and adolescents in Brazil. It begins with a historical analysis of the reception in Brazil, long tolerated and encouraged, the family transformations and family as a privileged space for the development of children and adolescents. It shows the current status of the reception, its causes and consequences. The right to familiarity is examined from the perspective of constitutional principles and as a fundamental right. The responsibility of the effectuation of this fundamental right are from the family, society and state. The family and consequently, children and adolescents suffer from a lack of public policies and programs to prevent abandonment. Unfortunately, the right of having a family life, despite of many legislative attempts to retrain the reception and decrease its duration, is still repeatedly breached, largely because of the family, society and state's negligence. In this sense were presented and analyzed alternatives to the abandonment and to the institutionalization. The effectiveness of the fundamental right of children and adolescents to the familiarity goes through understanding by various acts of protection to children and adolescents, paradigmatic transition of the irregular situation to full protection. It also requires change of attitude by the judiciary, since it has become the new Law 12,010 of 2009, the protagonist in the realization of the right to family life and must put control into practice over institutional care, Treating with respect and celerity this fundamental right. Only by a reorganization of the Justice System, with interdisciplinary and respect for constitutional principles, specially the absolute priority, it will be possible to give effectiveness to this right of every child and adolescent.

KEYWORDS: CHILDREN AND ADOLESCENTS. FAMILY. INSTITUTIONALIZATION. FAMILIARITY. FUNDAMENTAL RIGHTS. DE-INSTITUTIONALIZATION. JUDICIARY AND INSTITUTIONAL RECEPTION.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 RESSIGNIFICAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS NOS PROCESSOS FAMILIARES.	11
2.1 A CRIANÇA E SUA FAMÍLIA: DA INSTITUCIONALIZAÇÃO AO ABANDONO.	11
2.2 A ORGANIZAÇÃO FAMILIAR COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	19
2.2.1 A família antiga.....	20
2.2.2 A família na sociedade medieval.....	25
2.2.3 A família na sociedade moderna.....	28
2.2.4 A família no Brasil	29
2.2.5 A família contemporânea.....	33
2.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO: SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL	36
2.3.1 Causas do acolhimento institucional	40
2.3.2 Consequências da institucionalização prolongada	43
3 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	51
3.1 A CONTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	51
3.1.1 A condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento	56
3.1.2 Proteção integral	57
3.1.3 Prioridade absoluta.....	60
3.1.4 Melhor interesse da criança	61
3.1.5 Convivência familiar.....	65
3.1.5.1 Brevidade e excepcionalidade do acolhimento institucional.....	68
3.1.5.2 Autoridade parental	75
3.2 O PAPEL DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO.....	81
4 A EFETIVIDADE DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	90
4.1 ALTERNATIVAS.....	90

4.1.1 Programas de prevenção ao abandono	91
4.1.2 Redes de proteção	99
4.1.3 Família extensa.....	103
4.1.4 Família substituta (adoção)	108
4.1.5 Famílias acolhedoras	117
4.1.6 Apadrinhamento afetivo.....	123
4.2 JUDICIÁRIO: DA RESERVA AO ATIVISMO	125
4.2.1 Transição paradigmática	125
4.2.2 Interdisciplinaridade	130
4.2.3 O papel do juiz e do Judiciário na garantia do Direito à Convivência	
Familiar.....	136
5 CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS.....	157
ANEXO.....	167

1 INTRODUÇÃO

O direito de toda criança e todo adolescente à convivência familiar, de ter alguém para chamar de mãe ou de pai, ainda está longe de ser uma realidade, no Brasil. Milhares de crianças e adolescentes continuam vivendo, grande parte de sua infância e juventude, em unidades de acolhimento, privadas de direitos fundamentais, por uma série de razões, inclusive, ideológicas.

O descumprimento do direito fundamental à convivência familiar está diretamente ligado à forma como a família se organizou, ao longo da história, além do papel exercido pela criança e pelo adolescente, no contexto familiar e social.

Nem sempre foi considerado importante a criança ser criada e educada no seio de uma família. O acolhimento de crianças e adolescentes, ao longo da história, foi uma prática aceita pela sociedade. Não se acolhiam somente pobres e escravos, mas, também, filhos de pessoas abastadas, especialmente, para fins de estudos ou de educação.

Neste contexto, o acolhimento institucional foi sendo aceito pela sociedade como algo natural, muitas vezes, até desejado, em especial para filhos de famílias pobres, que, com o acolhimento, teriam a oportunidade de ascender socialmente, pelo estudo, pela boa formação.

No final do século XIX, em que o Brasil vivia um momento histórico de transformação, momento de passagem da Monarquia para a República, a criança era vista como “o futuro” da jovem nação, de modo que era necessário educá-la bem e, quando necessário, ou, quando as famílias não pudessem fazê-lo, o Estado o faria, reeducá-la-ia, para bem servir a pátria.

Já em meados do século XX, com a industrialização das grandes cidades, o deslocamento populacional do campo para os grandes centros urbanos, o agravamento dos problemas sociais das cidades, a falta de estrutura e saneamento produziram o efeito de conduzir milhares de jovens às ruas, que levaram o Estado a promover os acolhimentos em massa, dando origem aos grandes orfanatos.

No final do século XX, com a redemocratização do País, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a implementação de um novo sistema de atendimento à criança e ao adolescente, sob a influência das convenções internacionais sobre os direitos da população infantojuvenil, os grandes

orfanatos foram sendo desmontados; mas o grave problema do acolhimento institucional de milhares de crianças e adolescentes, permanece.

Inúmeras foram as tentativas para dar solução a este problema social, com, resultados, até agora, insuficientes.

Recentemente, a Lei 12.010, de 2009, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais uma tentativa de enfrentar o problema e encaminhar, com a maior urgência possível, crianças e adolescentes acolhidos, ao convívio de sua família natural, extensa ou substituta.

Conhecer os movimentos históricos, sociais e jurídicos que nos levaram à atual situação constitui-se num primeiro passo para a concretização do direito da criança e do adolescente de ter uma família.

Nenhuma pretensão de esgotar a temática, mas ofertar, quem sabe, subsídios para o debate e, de alguma forma, auxiliar a superar a dramática e vergonhosa situação de crianças e adolescentes sendo privados de direito fundamental da convivência familiar.

A proposta deste trabalho, portanto, é buscar as origens históricas dos acolhimentos, o papel da criança na família, a importância da família no desenvolvimento da criança e do adolescente, e, para além das transformações sociais e normativas, encontrar alternativas para o acolhimento institucional.

A busca da efetividade do direito à convivência familiar, de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, à luz dos princípios constitucionais, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, é também uma das preocupações deste trabalho.

2 RESSIGNIFICAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS NOS PROCESSOS FAMILIARES.

2.1 A CRIANÇA E SUA FAMÍLIA: DA INSTITUCIONALIZAÇÃO AO ABANDONO.

A criança e o adolescente nem sempre foram tratados como sujeitos de direitos, como ocorre nos dias de hoje. A família também nem sempre foi considerada como fundamental, no desenvolvimento afetivo, social e intelectual da criança. O abandono dos filhos sempre acompanhou a história da família e da criança. O marco histórico fundamental, no reconhecimento dos direitos da criança e do Adolescente, foi a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1959, que, pela primeira vez, prevê o direito da criança ser criada pelos seus pais.¹

Philippe Ariès esclarece que, nos séculos XV e XVI, as crianças, a partir dos sete anos, eram enviadas para outras famílias, onde aprendiam um ofício e eram educadas. Começavam servindo a mesa e passavam a realizar todos os serviços domésticos. A escola ainda era uma exceção, normalmente confiada a religiosos. A criança, portanto, muito cedo deixava sua família. Neste sentido, Ariès explica que a família não tinha esse caráter sentimental como tem hoje.

A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso das famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a “casa” dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a propriedade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem.²

¹ Declaração dos Direitos da Criança. “PRINCÍPIO 6º. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.”

² ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2º ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p. 158-159.

Essa situação só se modificou, embora de forma lenta, a partir do século XV. No século XVII, as crianças já eram educadas nas escolas e se percebia que havia, entre crianças e pais, um sentimento mais próximo daquele encontrado nas relações atuais. O reduzido número de escolas, a distância destas, no entanto, ainda fazia com que muitas crianças acabassem morando nos colégios, enquanto outras eram educadas na própria casa.

O internamento de crianças, inicialmente, para fins de estudos, tornou-se uma prática aceitável, a partir do século XVII, quando as famílias mais abastadas já enviavam seus filhos para serem educados em grandes orfanatos.

No Brasil Colonial, as próprias ordenações reconheciam a possibilidade de a mulher que não tinha condições de amamentar os filhos entregá-los para as chamadas amas, em especial, por parte das classes sociais mais abastadas.

Maria Vittoria Pardal Civiletti³ esclarece que até os seis anos, a criança branca era entregue a uma ama de leite, por quem era alimentada, enquanto o pequeno escravo, seu próprio filho, sobrevivia com muitas dificuldades e tinha que se adaptar ao trabalho da mãe, que o reiniciava três dias após o parto. Após os seis anos, os brancos começavam a escolarização e os negros iniciavam as atividades laborativas.

A pobreza, já naquela época, levava muitas mulheres a entregarem os filhos para as casas de acolhimento, que deveriam ter uma mulher livre ou escrava em condições de amamentar e, se a criança já fosse desmamada, deveria possuir recursos para sustentá-la.

As Ordenações do Reino de 1603 já previam que a Câmara ou os hospitais deveriam assumir a manutenção de crianças órfãs ou abandonadas. Para isso, estavam autorizados ao aumento de impostos sobre o azeite e o sal, para custear famílias denominadas criadeiras ou instituições encarregadas de cuidá-las, até os sete anos de idade.

Renato Pinto Venâncio⁴ esclarece que, nessa época, outra prática de abandono passou a ser observada: o abandono de crianças, em especial de tenra idade, nos chamados *monturos* ou depósitos de lixo, em terrenos baldios ou praias,

³ CIVILETTI, Maria Vittoria Pardal. O cuidado às Crianças Pequenas no Brasil Escravista. **Caderno de Pesquisa** (76). São Paulo: Fundação Carlos Chagas, fev. 1991, p. 31-40.

⁴ VENANCIO, Renato Pinto. **História: Questões & Debates**, n. 36. Curitiba: Ed. UFPR, 2002, p. 129-159.

onde, não raras vezes, eram devoradas por cães e porcos. Diante disso, os comerciantes, os ricos e autoridades passaram a criar condições para acolher essas crianças, inclusive, estimulando e pagando famílias criadeiras, até que completassem os sete anos de idade. Registre-se que, no Rio de Janeiro, somente no ano de 1694, o Senado da Câmara passou a cumprir o que já previam as Ordenações do Reino, ou, seja, prestar assistência aos enjeitados. Somente no século XVIII, a assistência aos abandonados tornou-se uma prática regular. Mesmo assim, os pagamentos nem sempre eram feitos com regularidade.

Judite Maria Barboza Trindade⁵ explica que no Brasil Colonial a criança abandonada era normalmente tratada pela terminologia de *enjeitada* ou *exposta*, correspondente aos abandonos mais frequentes, ou seja, enjeitar as crianças, colocando-as em locais onde pudessem ser recolhidas, isto é, nos hospitais, igrejas e, mais tarde, nas chamadas rodas de expostos.

Os hospitais de misericórdia, posteriormente também denominados de santas casas de misericórdia, deram início aos serviços de filantropia e de atendimento a crianças órfãs e abandonadas, no Brasil.

Modificação significativa ocorreu a partir de 1726, com a criação, em Salvador, da primeira roda dos expostos do Brasil, também muitas vezes denominada de casa dos enjeitados, casa dos expostos, casa da roda etc. A prática já vinha sendo adotada em outros países da Europa (desde a Idade Média) e América do Sul e, em pouco tempo, implantada em outras províncias brasileiras, especialmente nas cidades grandes. Há notícias de que, em Roma, a prática já havia sido implantada em 1.198, no Hospital do Espírito Santo.

Civiletti⁶ explica que o nome *roda dos expostos* deve-se

à assimilação da instituição ao dispositivo onde eram depositadas as crianças. Trata-se de um cilindro cuja superfície lateral é aberta em um dos lados e que gira em torno de um eixo vertical. O lado fechado fica voltado para a rua. Uma campainha exterior é colocada nas proximidades. Se uma mulher deseja entregar o recém-nascido, ela avisa a pessoa de plantão tocando a campainha. Imediatamente o cilindro, girando em torno de si mesmo, apresenta para fora o seu lado aberto, recebe o recém-nascido e, continuando o movimento, leva-o para o interior.

⁵ TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de Crianças ou a Negação do Óbvio. **Rev. Brasileira de História**. Vol. 19, n. 37, São Paulo, Setembro de 1999.

⁶ CIVILETTI, op. cit., p. 33-34.

O artefato era usado também para que as pessoas, em especial penitentes, ali colocassem alimentos, remédios ou doações para as santas casas, de modo que assim também se mantivessem no anonimato.

A casa dos expostos do Rio de Janeiro foi fundada em 1738, por um rico comerciante português chamado Romão de Mattos Duarte, oportunidade em que doou 32.000 cruzados (com os quais dava para comprar 64 escravos), para que as crianças abandonadas não morressem, sem, ao menos, receber o batismo. A preocupação não era tão somente a assistência à criança, mas, principalmente, que ela não morresse sem o batismo.

A Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro registrou entre 1738-1747 a entrada de 379 crianças e, na última década do século, (1788-1797) esse número alcançou 1.535, crianças para uma população de aproximadamente 45.000 mil habitantes.⁷

O índice de mortalidade das crianças deixadas nas rodas era enorme, principalmente no primeiro ano de vida, chegando a mais de sessenta por cento do total de acolhidos, em alguns casos, chegando aos noventa por cento.⁸

Grande parte das crianças deixadas nas rodas era de filhos ilegítimos, também conhecidos como *filhos do pecado*, crianças de famílias pobres, mas, principalmente, de crianças filhas de escravas, que ali as deixavam por coação ou opção, o que foi estimulado pelo Alvará de 1775, que conferia às crianças deixadas na roda a condição de livres. A roda, portanto, passou a ser uma forma de livrar os filhos da escravidão.⁹

As crianças, na medida do possível, eram encaminhadas para as mães criadeiras, mas também eram contratadas amas para alimentá-las nas santas casas. Quando a amamentação era insuficiente, completava-se com leite de vaca, que, por não ser esterilizado, acabava produzindo grande número de mortes.

Quando a criança completava sete anos, a mãe criadeira precisava decidir se ficava com a criança. A adoção era quase impossível, tendo em vista a legislação que era extremamente restritiva. Não raras vezes, depois dessa idade, a criança continuava morando na casa da mãe criadeira, quase como um favor, agora, já sem

⁷ VENANCIO, op. cit., p. 136.

⁸ MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil. In: FREITAS, Marcos Cezar [org.]. **História Social da Infância no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 55.

⁹ CIVILETTI, op. cit., p. 34.

a assistência da Misericórdia. A partir dos sete anos, a criança já deveria ser tratada, praticamente, como um adulto, responsável pelo seu próprio sustento, o que, muitas vezes, levava estas crianças, novamente, ao abandono. A partir desta idade, já se podia explorar seu trabalho, de forma remunerada ou apenas em troca da alimentação e moradia. A preocupação mereceu atenção das autoridades portuguesas que, em 1775, pelo alvará régio, estabelecem que os enjeitados ou expostos de pais mortos ficassem sujeitos aos juizes de órfãos, até que completassem 20 anos de idade, podendo ser encaminhados para as casas de acolhida, até que completassem doze anos, bem como deviam fazer com que aprendessem algum ofício.¹⁰

A figura do tutor existia, somente, para crianças que tivessem herdado algum bem, o que não era o caso dos enjeitados ou expostos.

Entre as diversas atividades destinadas aos meninos órfãos, havia o trabalho na construção de embarcações, também como remadores, ou carregadores etc. Outra opção era a carreira eclesiástica. Em 1739, no Rio de Janeiro, foi fundado o Seminário dos Órfãos de São Pedro, que acolhia as crianças expostas ou enjeitadas e lhes possibilitava a ascensão social, através da vida religiosa.

Para as meninas, essas, não raro, permaneciam com as mães criadeiras, na condição de domésticas e serviçais, que assim tinham mão de obra barata, em troca de moradia e alimentação.

Muitos, porém, inclusive em razão dos maus tratos que sofriam nas casas das mães criadeiras, acabavam fugindo, engrossando o número de pobres, mendigos, iniciando novo ciclo de abandono.

Com a abolição da escravatura, o número de crianças deixadas nas rodas caiu drasticamente.

Com a proclamação da República, em 1889, a renovação da legislação do País tornou-se uma necessidade. Assim, antes mesmo da Constituição de 1891, foi instituído o Código Penal Republicano de 1890, que tinha como objetivo reprimir a criminalidade, manter a ordem e combater a vadiagem, a mendicância, a prostituição e o jogo¹¹. Neste contexto, estavam, também, inseridos as crianças e adolescentes,

¹⁰ VENANCIO, op. cit., p. 151-152.

¹¹ FERREIRA, Laura Valéria Pinto. **Menores Desamparados da Proclamação da República ao Estado Novo**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-7a5.pdf>. Acesso em: 18/02/2011.

muitas vezes associados à prática da vadiagem e da delinquência, que eram completamente inimputáveis apenas até os nove anos. Dos nove aos quatorze anos, eram inimputáveis somente se agissem sem discernimento.¹²

A questão da criança de rua era tratada como um problema de ordem policial. A polícia tinha a missão de corrigi-la e, em alguns casos, encaminhá-la às instituições filantrópicas ou abrigos.

No começo do século XX, cidades como São Paulo e Rio de Janeiro observaram um enorme crescimento urbano, industrial e populacional, sem planejamento, trazendo consigo o agravamento das crises sociais, proliferação de cortiços, marginalidade, mendicância, incluindo grande número de crianças, que buscavam, nas ruas, os meios de sobrevivência. O Estado resolveu intervir, tendo como diretriz a correção destes menores de rua. Começam, então, a proliferar os internatos, que tinham como missão disciplinar, corrigir e inseri-los no mercado de trabalho.

Rizzini esclarece que

As leis de proteção à infância nas primeiras décadas do século XX no Brasil, também faziam parte da estratégia de educar o povo e sanear a sociedade. As leis visavam prevenir a desordem, na medida em que ofereciam suporte às famílias nos casos que não conseguissem conter os filhos insubordinados, os quais poderiam ser entregues à tutela do Estado; e, pela suspensão do Pátrio Poder, previam a possibilidade de intervir sobre a autoridade paterna, transferindo a paternidade ao Estado, caso julgasse necessário (sobretudo quando a pobreza deixava de ser “digna” e a família era definida como sendo contaminada pela imoralidade).¹³

Neste contexto social de industrialização, de crise e exclusão social, surge, no Brasil, em 1927, por influência de José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, o primeiro Código de Menores (Decreto 17.943-A), que ficou conhecido como Código Mello Mattos. O Código era diretamente destinado aos *expostos* (menores de sete anos), *abandonados* (menores de 18 anos), *vadios* (meninos de rua), *mendigos*

¹² Código Penal Republicano de 1890. “Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 anos completos:

§ 2º. Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; [...]

Art. 30. Os maiores 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.”

¹³ RIZZINI, Irene. **O Século Perdido: Raízes Históricas das Políticas Públicas para Infância no Brasil.** 2ª ed. rev. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 64.

(meninos que pedem esmolas ou vendem coisas nas ruas) e *libertinos* (frequentadores de prostíbulos).

Esse código exclui, expressamente, a roda dos enjeitados¹⁴, fixa a inimputabilidade para todos os menores de 14 anos, estabelece idade mínima de 12 anos para o trabalho, limite de horas para o trabalho, proibindo-o em locais insalubres ou de risco.

Os juízes de menores passaram a ter o monopólio, na gestão do sistema de menores abandonados, órfãos, delinquentes, em situação de rua etc. Os chamados internatos tiveram o seu período de maior proliferação. A ideia era de que as famílias eram responsáveis pela assistência aos filhos, mas, quando estas não desempenhassem adequadamente seu papel, era dever do Estado interferir, para corrigir essas patologias sociais, o que se fazia com a internação das crianças em orfanatos.

Logo, começaram a surgir críticas ao modelo, especialmente, em razão de denúncias de maus tratos e de que estes internatos não conseguiam afastar os jovens da marginalidade e da criminalidade.

Em 1941, tendo em vista a inoperância do sistema, o governo resolveu criar Serviço de Assistência ao Menor (SAM)¹⁵, que tinha por finalidade, entre outras, sistematizar a assistência a menores desvalidos e delinquentes internados, recolher os menores em estabelecimentos adequados e abrigar os menores.¹⁶

O sistema, mais uma vez, mostrou-se um fracasso, razão pela qual, em 1964, foi criada a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM), que tinha, como missão, formular uma política nacional de bem-estar do menor.¹⁷

¹⁴ Decreto 17.943-A, de 1927. “Art. 15. A admissão dos expostos à assistência se fará por consignação directa, excluído o systema das rodas.” Na prática, no entanto, só foi definitivamente extinta na década de 1950.

¹⁵ Decreto-Lei nº 3.799, de 5 de novembro de 1941.

¹⁶ “Art. 2º O S.A.M. terá por fim:

- a) Sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares;
- b) Proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes;
- c) Abrigar os menores, à disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal;
- d) Recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento somatopsíquico, até seu desligamento;
- e) Estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para orientação dos poderes públicos;
- f) Promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas e estudos e estatísticas.”

¹⁷ Nesta mesma época, outros serviços foram criados no Governo de Getúlio Vargas como a LBA, o SENAI, a própria legislação trabalhista – CLT (1943).

Seguiram-se, sob a influência da Escola Superior de Guerra, dentro do âmbito ideológico da segurança nacional, as chamadas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs), com ênfase na disciplina e na ordem nacional. As conhecidas FEBEMs adotaram um sistema educacional baseado na disciplina militar, que culminou em mais um fracasso, como se observou das inúmeras acusações de torturas, mortes, rebeliões e fugas.¹⁸

As FEBEMs recebiam crianças em situação de risco, por abandono, negligência, pobreza e também crianças e adolescentes delinquentes, embora, inicialmente, em menor número. O resultado foi a transformação de menores abandonados em delinquentes.

O Código de Menores de 1979, ainda inspirado pela doutrina da situação irregular, propôs-se a ser uma reformulação da legislação até então existente, adaptando as regras à nova realidade. O Código foi instituído apenas convalidando as práticas que já vinham sendo adotadas. A aplicação do Código estava restrita àqueles menores que apresentassem alguma forma de patologia social (art. 2º).

Pela legislação que vigorou no Brasil de 1927 a 1990, o Código de Menores, particularmente em sua segunda versão, todas as crianças e jovens tidos como em perigo ou perigosos (por exemplo: abandonado, carente, infrator, apresentando conduta dita antissocial, deficiência ou doente, ocioso, perambulante) eram passíveis, em um momento ou outro, de serem enviados às instituições de recolhimento. Na prática isto significa que o Estado podia, através do Juiz de Menor, destituir determinados pais do pátrio poder através da decretação de sentença de "situação irregular do menor". Sendo a "carência" uma das hipóteses de "situação irregular", podemos ter uma ideia do que isto podia representar em um país, onde já se estimou em 36 milhões o número de crianças pobres.¹⁹

Somente com a Constituição Federal de 1988, que se adotou, no Brasil, a chamada teoria da proteção integral, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, estabelecendo a família como sendo a base da sociedade (Art. 226), bem como assegurando à criança e ao adolescente os direitos fundamentais, com absoluta prioridade (art. 227).

¹⁸ CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado:** Os Filhos do Esquecimento: A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam. Disponível no site: www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc. Acesso em: 03/03/2011.

¹⁹ ARANTES, Esther Maria de M. **De "Criança Infeliz" a "Menor Irregular"** – Vicissitudes na Arte de Governar a Infância. Disponível no site: <http://www.mnemosine.cjb.net/mnemo/index.php/mnemo/article/view/235/234>. Acesso em: 05/07/2011.

2.2 A ORGANIZAÇÃO FAMILIAR COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança de 1989 reconhece, no preâmbulo, *que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.*

Ao longo da história, a família passou por grandes transformações, quer na sua formação, quer na estrutura.

Luiz Edson Fachin explica que

A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade.²⁰

Assim, o direito fundamental da convivência familiar, como, também, o abandono não se explicam, sem antes fazer uma retrospectiva histórica da unidade familiar e suas transformações.

Engels²¹, ao estudar a evolução da cultura humana, identificou três fases. A primeira, a fase do *Estado Selvagem*, época caracterizada pela apropriação de produtos prontos para o consumo, descoberta do fogo, invenção do arco e da flecha. A segunda grande fase é a da *Barbárie*, quando o homem começa a domesticar animais e a cultivar alguns produtos agrícolas. Por fim, a *Civilização*, quando o homem já industrializa produtos para o seu consumo e surgem as artes. A família, da mesma forma, ao longo do tempo, passou por enormes transformações. Segundo o mesmo autor, no *Estado Selvagem* homens e mulheres se reuniam em grandes grupos, nos quais todos os homens mantêm todas as mulheres e estas a todos os homens. Não havia família. A fase seguinte, a da *Barbárie*, é caracterizada pela redução do grupo ao par, ao casal, chamada de família sindiásmica. O homem já tinha pelo menos uma mulher principal, mas a infidelidade continuava sendo direito

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Família Cidadã**. Disponível no site: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=67>. Acesso em: 24/03/2011.

²¹ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

dos homens. Já no estágio da *Civilização*, chega-se à monogamia, ao predomínio do homem sobre a mulher. O objetivo principal da família passou a ser a procriação.

A pré-história da família caracteriza-se pela constante redução do grupo familiar, de acordo com Engels.

Na família antiga, seus membros (mulher, filhos, netos, noras etc.) eram praticamente uma propriedade do chefe da família, que tinha poder de vida e de morte.

A família fundada na união de um homem e de uma mulher, consensualmente, tem sua origem na Idade Média. O cristianismo acabou por acolher este modelo de casamento contratual, reforçando princípios como a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A família brasileira, em razão das circunstâncias históricas particulares, também passou por transformações significativas. Inicia-se com a colonização, caracterizando-se, desde o começo, por uma miscigenação ímpar entre brancos, indígenas, posteriormente, de escravos.

A história da criança passa pela história da família, onde ela sempre esteve inserida, embora com mais ou menos destaque, com mais ou menos direitos. Para compreender as transformações do instituto da família ocidental e brasileira, incluindo a posição da criança e do adolescente, torna-se necessário realizar um retrospecto histórico, no sentido de identificar e confrontar os diversos momentos em que o direito da convivência familiar foi sendo construído.

Antes, porém, registre-se que o texto que segue se trata tão somente de uma divisão histórico-didática, acessória, que tem limitações intrínsecas de estudo e compreensão, mas que será útil para a compreensão do objeto pesquisado.

2.2.1 A família antiga

Fouquet de Coulanges diz que a origem da família não está exclusivamente na geração, no nascimento e nem mesmo no afeto ou na força física do marido ou genitor. A religião doméstica foi quem uniu os membros da antiga família. Foi a religião, o culto aos mesmos antepassados, que corporificou a antiga família. Dessa forma, o filho adotivo, por exemplo, passou a ser considerado verdadeiro filho, não

pelo afeto, mas porque aderiu ao mesmo culto doméstico, o que é mais importante do que os vínculos de sangue.²²

A família antiga era, portanto, “um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos antepassados.”²³

O casamento foi, certamente, a primeira instituição da religião doméstica. A moça deixava sua família e passava a integrar a família de seu marido. Consequentemente, também deixava de invocar os deuses de sua família de origem e mudava de religião, passando a invocar os deuses da família do marido. O casamento desliga a mulher de sua família de origem para integrar, em todos os aspectos, à família de seu marido. Ninguém podia pertencer a duas famílias e, nessas condições de esposa, passava para a autoridade do marido. O casamento religioso, tanto entre romanos como entre os gregos, era celebrado em três atos e o divórcio era possível, especialmente naquelas situações de esterilidade, mas realizar-se-ia por ato religioso.

O casamento, para Coulanges, tinha, por objetivo, assegurar a descendência masculina, que pudesse prestar, ao marido, após sua morte, o culto doméstico e lhe oferecer o alimento fúnebre. A maior desgraça que poderia acontecer a um homem seria morrer sem deixar descendentes que lhe pudessem prestar o culto. A extinção da família representava o fim de uma religião e a desgraça do falecido. A felicidade, após a morte, estava no culto prestado por seus descendentes. Por essa razão, o celibato chegou a ser proibido na antiga Grécia e o casamento era obrigatório.²⁴

Coulanges esclarece, ainda, que não bastava ter um filho biológico para perpetuar uma religião doméstica. O filho tinha que ser derivado de casamento religioso. No casamento, não tinha, portanto, qualquer importância, o amor ou o afeto, pois este se constituía, simplesmente, pela necessidade de gerar descendentes. Por esse motivo, os homens se separavam de suas mulheres, caso essas fossem estéreis, mesmo nos casos em que estivesse presente o afeto.

²² COULANGES, Foustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Fernando de Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, p. 46.

²³ COULANGES, op. cit., p. 47.

²⁴ COULANGES, op. cit., p. 55.

O nascimento do filho biológico era apenas a constituição do laço físico, por isso era necessário que o pai o aceitasse, num ato religioso (apresentação aos deuses), que o fazia realmente seu descendente e criava o vínculo. Desse momento em diante, o filho passava a integrar a família e passava a ter a mesma religião.

Foi nesse sentido, ou seja, na necessidade de se ter descendentes, que nasceu o instituto da adoção. Era a derradeira solução para quem não pudesse, por algum motivo, gerar filhos biológicos, dentro do casamento. Tinha por finalidade permitir descendência e, por consequência, evitar a extinção do culto doméstico. A adoção, portanto, tinha como objetivo dar um filho a quem não o podia ter, daí se justificando a regra do Código de Manu que dizia: *Aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que não lhe cessem as cerimônias fúnebres.*²⁵

Adotar significava, em última análise, introduzir alguém ao culto doméstico que, para isso, teria de renunciar ao culto da família de origem, o que se fazia por meio de um ritual religioso. Não havia a possibilidade de prestar culto de duas famílias. Quem aderira à nova família era obrigado a renunciar ao culto da anterior.

Assim, na família antiga, tanto entre os gregos como entre os romanos, irmãos eram aqueles que tinham o mesmo lar, os mesmos deuses, mas, sobretudo, prestavam o mesmo culto e ofereciam os alimentos no mesmo túmulo.

O parentesco se dava a partir do pai. A mulher, quando casava, passava a integrar a família do marido e, por isso, renunciava completamente ao culto de sua família de origem. O filho, portanto, pertencia completamente ao genitor e não mantinha qualquer parentesco com os avós maternos, por exemplo.

A família antiga era composta pelo pai, pela mãe, pelos filhos e pelos escravos, e se encontrava unida, em razão do culto doméstico. O pai era a autoridade. Acima dele, somente a religião. A mulher participava dos cultos domésticos, mas tinha posição inferior à do marido. A mulher nunca poderia presidir o culto. O homem, quando morresse tornar-se-ia uma divindade, a quem os filhos deveriam prestar o culto.

Neste sentido, o Código de Manu diz: “Dia e noite devem as mulheres ser mantidas num estado de dependência por seus protetores [...] uma mulher está

²⁵ COULANGES, op. cit., p. 61.

debaixo da proteção de seu pai na infância, de seu marido na juventude, de seus filhos na velhice. Nunca se deve conduzir pela sua fantasia.”²⁶

Os filhos, por sua vez, também estão sob a autoridade do pai. Os filhos permanecem sob a autoridade do pai, enquanto este estiver vivo. Não importa a maioridade biológica, o que importa é a vinculação religiosa que mantêm com o pai. O filho, mesmo casado e tendo outros filhos, pelo menos entre os romanos, ficava sob a autoridade de seu pai, enquanto este fosse vivo. No pai estava concentrada a figura do sacerdote, do herdeiro dos ritos religiosos.

Nesta condição de sacerdote, de chefe religioso, competia ao pai o direito de reconhecer ou de repelir os filhos; o direito de rejeitar a mulher, especialmente nos casos de infertilidade; o direito de dar a filha em casamento; de emancipar ou excluir um filho do culto doméstico; de adotar, vender o filho, de matar etc. O pai era também o juiz de sua família. A mulher e os filhos não eram proprietários de nada. Tudo pertencia ao pai, que era o único que podia dispor da propriedade.

A família nascida em torno da religião doméstica, que tornava o casamento obrigatório e considerava o celibato quase um crime, também condenava o adultério. Dava ao marido o direito de repudiar e até de matar a mulher que cometesse o adultério. O mínimo que se exigia era que fosse repudiada.

O filho adúltero ou concebido no concubinato não estava sob o poder do pai. A paternidade, como já anotado, por si só, não colocava o filho sob o poder do pai.

A família romana clássica é essencialmente patriarcal em que o pai (*paterfamilias*) exerce o poder sobre os descendentes (*liberi*). Tem sobre estes um poder quase ilimitado (poder de vida e de morte). Só ele é *sui iuris*, enquanto os demais membros da família são apenas *alieni iuris*. O poder familiar está concentrado nas mãos do *paterfamilias*.

A mulher, embora submissa, sujeita à autoridade do homem, tinha seu espaço dentro da família antiga. Era a responsável para que o fogo sagrado não se extinguísse. Diziam que, se não tinha a mesma autoridade do homem, tinha, pelo

²⁶ CARVALHO, José de Vasconcelos Guedes. **Leis de Manu**: Primeiro Legislador da Índia. Nova-Goa: Imprensa Nacional, 1859, p. 40. Disponível no site: http://books.google.com/books?id=XC4bAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10/05/2011.

menos, a mesma dignidade. Uma família sem a esposa era considerada como uma desgraça.

A família antiga, segundo Coulanges, era permeada pelo divino. A união familiar se dava em torno do divino, do culto aos antepassados e, assim, aprendiam a se amar e a se respeitar. A principal cerimônia de culto era o repasto, que chamavam de sacrifício.

Assim, a família antiga tinha suas próprias divindades, suas próprias leis, como se fosse um pequeno reinado, como explica Coulanges:

Cada família tem o seu chefe, como qualquer nação teria o seu rei. Tem as suas leis, sem dúvida não escritas, mas gravadas pela crença religiosa no coração de cada homem. Tem a sua justiça interna, superior a qual nenhuma outra há para que se possa apelar. Tudo aquilo de que o homem tem rigorosa necessidade para a sua vida material, ou para a sua vida moral, possui-o a família. Não precisa de coisa alguma de fora; a família é um Estado organizado, uma sociedade que se basta a si própria.²⁷

Com o tempo, no entanto, o culto doméstico foi enfraquecendo, como esclarece Coulanges:

Tanto na Índia e na Grécia como em Roma, chegou-se a uma época em que o parentesco pelo culto não terá sido o único admitido. À medida que esta religião enfraquece, a voz do sangue fala mais alto e o parentesco pelo nascimento surge reconhecido em direito. Os romanos chamavam de *cognatio* a esta espécie de parentesco absolutamente independente das regras da religião doméstica. Quando se leem os juristas, desde Cícero e Justiniano, veem-se os dois sistemas de parentesco a rivalizarem entre si e ambos disputarem-se no domínio do direito.²⁸

Por vários séculos, este é o modelo de família que se conhece. Certamente, existiram outros, mas que foram deixados à margem pelos historiadores. Posteriormente, alguns grupos de famílias acabaram por se unir para celebrar uma espécie de culto comum, que os latinos chamaram de *cúria* e os gregos de *fraturai*. Conceberam uma divindade superior à doméstica. Cada *cúria* ou *fraturai* também tinha o seu chefe, nos moldes da família. Muitas destas fratrias ou cúrias acabaram virando tribos. As tribos, por sua vez, transformaram-se em cidades.

²⁷ COULANGES, op. cit., p. 133.

²⁸ COULANGES, op. cit., p. 68.

2.2.2 A família na sociedade medieval

A família medieval se caracteriza pelo modelo patriarcal, com a autoridade sendo exercida pelo pai ou pelo avô, pela solidariedade entre seus membros. A solidariedade não apenas no sentido de uns prestarem assistência aos outros, mas também de participar ativamente da vingança privada.

John Gilissen esclarece que a família, nesse período, se revela de dois modos.

A família aparece sob dois aspectos: em sentido lato e em sentido restrito. No sentido lato, compreende todos os que sentem entre si uma relação de parentesco; é o clã, chamado gens entre os romanos, sippe entre os Germanos, zadruga entre os sérvios, muitas vezes linhagem na Idade Média. Esta família estende-se tanto quanto o permitir o reconhecimento dos laços de sangue. Desempenha um papel essencial na organização social e jurídica das sociedades primitivas e também das sociedades de tipo feudal.²⁹

Neste sentido, Philippe Ariès, também observa duas formas de composição da família da Idade Média.

A ideia essencial dos historiadores do direito e da sociedade é de que os laços de sangue não constituíam um único grupo, e sim dois, distintos embora concêntricos: a família ou *mesmie*, que pode ser comparada à nossa família conjugal moderna, e a linhagem, que estendia sua solidariedade a todos os descendentes de um mesmo ancestral. Em sua opinião, haveria, mais do que uma distinção, uma oposição entre a família e a linhagem: os progressos de uma provocariam um enfraquecimento da outra, ao menos entre a nobreza. A família ou a *mesmie*, embora não se estendesse a toda linhagem, compreendia, entre os membros que residiam juntos, vários elementos, e, às vezes, vários casais, que viviam numa propriedade que eles se haviam recusado a dividir, segundo um tipo de posse chamado *frereche* ou *fraternitas*. A *frereche* agrupava em torno dos pais os filhos que não tinham bens próprios, os sobrinhos ou os primos solteiros. Essa tendência à indivisão da família, que, aliás, não durava além de duas gerações, deu origem às teorias tradicionalistas do século XIX sobre a grande família patriarcal.³⁰

As relações de parentesco também traziam obrigações, como anota Gilissen:

²⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 563.

³⁰ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p. 143.

Os efeitos do parentesco são consideráveis. Todos estão ligados por solidariedades, quer ativas ou passivas. A solidariedade familiar obriga todos os parentes a participar da vingança privada (a *faida*; italiano, *vendetta*; holandês, *vete*): quando um membro da família é lesado todos os outros o devem ajudar a vingar-se do mal recebido. Na Baixa Idade Média, a guerra privada devia ser conduzida pela própria vítima ou, se ela tivesse morrido ou se tivesse incapacitado, pelo parente varão mais próximo. É ele que conclui a paz, recebe a “*composição*” (ou seja, o preço do resgate da vingança) e o distribui entre todos os parentes; geralmente, ele tem direito à metade, na qualidade de detentor do *mundium*, e atribui o resto aos outros parentes, muitas vezes até o sexto ou oitavo grau.

Do ponto de vista passivo, todos os membros da família podiam ser responsabilizados e hostilizados por qualquer malefício cometido por um deles; devem contribuir para pagar a composição, a menos que expulsem o culpado do grupo familiar por um complexo processo de abandono.³¹

Com o desenvolvimento das cidades e seu fortalecimento, a família foi perdendo parte de seus direitos e deveres. A solidariedade familiar foi, pouco a pouco, substituída pela autoridade das cidades e do Estado.

Quanto ao casamento, entre os séculos V e IX, na Europa Ocidental, Gilissen identifica três modelos. Primeiramente, o modelo romano, despido de formalidades, consensual, não se exigindo coabitação e o divórcio existia na forma de repúdio do marido em relação à mulher. O modelo germânico, assim como os romanos, monogâmico, ao contrário dos muçulmanos que podiam ter até quatro mulheres. O casamento podia se dar pelo rapto (quando o homem literalmente raptava a mulher de outro grupo familiar, sujeitando-se à vingança que podia ser resgatada pelo pagamento de determinado valor) ou pela compra, caso em que o consentimento da noiva não era necessário. Posteriormente, seguiam-se as cerimônias. Neste modelo, da mesma forma, o divórcio só era possível com o repúdio da mulher pelo homem. Por fim, o modelo cristão, a partir do qual o casamento passou a ser uma instituição sagrada (sacramento) e um contrato, pelo menos a partir do século XII e XIII. Desde o início, a Igreja estabeleceu a indissolubilidade do matrimônio. No século XIII, a Igreja instituiu a teoria dos impedimentos. Inicialmente, não se exigiam formalidades, bastando o consentimento entre os cônjuges. Esta prática acabou gerando um dos grandes problemas da Idade Média, os casamentos clandestinos, posto que a prova se tornava muito difícil e criava enormes dificuldades para os filhos destes pais, já que havia muita discriminação em relação aos filhos nascidos de pais que não fossem casados. Por

³¹ GILISSEN, op. cit., p. 563.

essa razão, o Concílio de Latrão (1215) estabeleceu regras mais rígidas quanto ao casamento. Mesmo assim, os casamentos clandestinos continuavam acontecendo e, somente pelo Concílio de Trento (1545-1563), estabeleceu-se que os casamentos celebrados sem a bênção de um padre, presença de três testemunhas e as demais formalidades eclesíásticas era nulo.³²

James Casey esclarece que as comunidades cristãs primitivas praticamente não tinham uma legislação sobre o casamento, atribuição que era deixada para o Imperador. No início da Idade Média, a Igreja começou a se preocupar com isso, adaptando a legislação já existente aos preceitos cristãos.³³

Na Baixa Idade Média, a mulher casada estava sob a autoridade do marido, da mesma forma que seus filhos. O homem tinha o poder de correção e o adultério da mulher era punido com a morte. A mulher era incapaz, não podia obrigar-se, não podia contratar e em tudo dependia da autorização do marido. Havia, no entanto, uma exceção. No final do século XI, admitiu-se, em alguns feudos, a sucessão por parte da mulher, que lhe permitiu exercer algum poder político.

A filiação, na Idade Média, distinguia se o filho era ou não nascido de casamento válido. Apenas os filhos nascidos de casamentos válidos tinham todos os direitos assegurados, enquanto que os filhos provenientes de outros tipos de união eram considerados ilegítimos, praticamente sem direitos. Não podiam receber herança, ascender a cargos políticos, fazer testamentos etc.

Daí, a importância dos casamentos válidos. A matéria era quase toda regulada pela Igreja e a legitimidade decorria da presunção representada pela máxima de que *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Aos poucos, no entanto, os filhos também passaram a adquirir direitos. O filho permanecia sob o poder dos pais enquanto vivia com estes. Quando se casava, emancipava-se. A idade foi causa de emancipação somente a partir do século XVI. Quando o casamento passou a ser regulado pelo Direito Canônico, as pessoas podiam se casar muito cedo, por volta dos doze anos para as mulheres e quatorze para os rapazes e não dependiam do consentimento dos pais. Mesmo quando o filho

³² GILISSEN, op. cit., p. 567-574.

³³ CASEY, James. **História da Família**. Trad. Telam Costa. Lisboa: Editorial Teorema Ltda., 1989, p. 95-96.

permanecia sob o poder parental do pai, aos poucos, foi adquirindo direitos como os de educação, sustento e proteção aos seus bens.

O pai tinha o direito de punir, de corrigir os filhos e, somente a partir do século XV, ferir um filho passou a ser um ato punível.

O casamento, segundo Ariès, na Idade Média, tinha como finalidade enobrecer a união conjugal, dar-lhe um valor espiritual, assim como para a filiação dali decorrente, mas não livrava a sexualidade de sua impureza essencial. A união sexual deixava de ser pecado pelo casamento, embora o celibato estivesse num grau de santidade superior.

A família, portanto, no final da Idade Média, era basicamente formada pelos pais e seus filhos, que “nada aí lembra a antiga linhagem, nada acentua a ampliação da família ou a grande família patriarcal, essa invenção dos tradicionalistas do século XIX.”³⁴

Trata-se do modelo familiar reconhecido, pautado nas relações da burguesia e da aristocracia. Não significa, porém, que outros modelos familiares tenham coexistido, cuja importância, no entanto, era reduzida.

2.2.3 A família na sociedade moderna

A família da Idade Média pode ser considerada como aquela fundada no casamento religioso, baseado num contrato (dependia do consentimento dos cônjuges), na qual a mulher também tinha o direito de se manifestar e os filhos eram aqueles originários do casamento válido, ao contrário do que acontecia na família antiga, concebida sob a autoridade patriarcal, que estava acima dos membros da família.

A transição da família medieval para a família moderna é bem retratada por Ariès quando diz

Entre o fim da Idade Média e o séculos XVI e XVII, a criança havia conquistado um lugar junto de seus pais, lugar este a que não poderia ter aspirado no tempo em que o costume mandava que fosse confiada a estranhos. Essa volta das crianças ao lar foi um grande acontecimento: ela deu à família do século XVII sua principal característica, que a distinguiu das famílias medievais. A criança tornou-se um elemento indispensável da vida quotidiana, e os adultos passaram a se preocupar com sua educação,

³⁴ ARIÈS, op. cit., p. 153.

carreira e futuro. Ela não era ainda o pivô de todo sistema, mas tornara-se uma personagem muito mais consistente. Essa família do século XVII, entretanto, não era a família moderna: distinguia-se desta pela enorme massa de sociabilidade que conservava. Onde ela existia, ou seja, nas grandes casas, ela era o centro das relações sociais, a capital de uma pequena sociedade complexa e hierarquizada, comandada pelo chefe de família.

A família moderna, ao contrário, separa-se do mundo e se opõe à sociedade o grupo solitário de pais e filhos. Toda energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular, e sem nenhuma ambição coletiva: as crianças mais do que a família.³⁵

Ariès observou, ainda, que somente a partir do século XVIII, os trabalhadores agrícolas passaram a se instalar em casas próprias, em vez de morar nas casas de seus patrões, onde puderam constituir suas próprias famílias, mais independentes dos patrões.

2.2.4 A família no Brasil

Diz a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva que o primeiro português que veio para o Brasil, já casado, com o fim de povoar a nova terra, em 1538, foi João Gonçalves³⁶. Os demais que vieram eram, na sua maioria, nobres e que pouco tempo permaneceram por aqui. Os primeiros povoadores que vieram para o Brasil vieram sem mulheres, razão pela qual se uniram às índias, o que deixava os primeiros religiosos contrariados, entre eles o padre Manoel da Nóbrega, que reclamava a Lisboa pela falta de mulheres, pedindo que mandassem, ainda que fossem meretrizes ou órfãs, pois era preferível que os portugueses se casassem com estas do que com as índias.

Os reclamos de Padre Manuel da Nóbrega parece que deram resultado, como esclarece Luciano Raposo de Almeida Figueiredo:

A partir de 1583, por determinação da legislação portuguesa, as mulheres condenadas a degredo deveriam cumpri-lo em algum "canto do Reino, ou para fora dele, para o Brasil, São Tomé, ou Ilha do Príncipe, conforme a qualidade das culpas que cometerem." Ressalva ainda que, para o Brasil, só deveriam ir condenadas, aquelas com pena maior que cinco anos.

³⁵ ARIÈS, op. cit., p. 189.

³⁶ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. da Universidade de São Paulo, 1984, p. 18.

Certas modalidades de crimes femininos estariam associadas ao degredo para terras brasileiras. No *Código Filipino* a condenação para o crime de “parto-suposto” era a expulsão da mulher “para sempre para o Brasil.”³⁷

Gilberto Freyre, no mesmo sentido, também esclarece:

É possível que se degredassem de propósito para o Brasil, visando ao interesse genético ou de povoamento, indivíduos que sabemos terem sido para cá expatriados por irregularidades ou excessos na sua vida sexual: por abraçar e beijar, por usar de feitiçaria para querer bem ou mal, por bestialidade, molície, alcovitice. A ermos tão mal povoados, salpicados, apenas, de gente branca, convinhavam superexcitados sexuais que aqui exercessem uma atividade genésica acima da comum, proveitosa talvez, nos seus resultados, aos interesses políticos e econômicos de Portugal no Brasil.³⁸

A grande preocupação do período era a povoação da Nova Terra e para isso era necessário que novos casais viessem morar e se estabelecer na Colônia. Além da produção agrícola, os casamentos também eram incentivados. Se para a igreja o casamento era um mal menor, já que o celibato era algo maior, em termos de santificação, e o casamento só era aconselhável para aqueles que não pudessem viver castos, para a Coroa Portuguesa, as uniões matrimoniais deveriam ser estimuladas na Nova Terra, já que era necessário povoá-la. Por esta razão, a Coroa impunha resistências para a criação de mosteiros e conventos.

Os portugueses encontraram, no Brasil, uma situação familiar muito diferente daquela que conheciam, na Europa. Os relatos, em especial dos padres jesuítas, retratam bem estas situações.

O Padre Jesuíta Jerônimo Rodrigues, em visita aos Carijós, observou:

No vício da carne são sujíssimos, *scilicet*, têm muitas mulheres, têm as sobrinhas por mulheres, duas irmãs, suas madrastras, as filhas das mulheres, suas enteadas, têm também por mulheres, as netas, filhas de suas verdadeiras filhas, e alguns têm por mulheres as próprias filhas. E o que mais espanta é haver índia que tem dois maridos, e, destas, muitas; e ambos estão juntos com elas...³⁹

³⁷ FIGUEIREDO, Luciano Raposo de Almeida. **Barrocas Famílias: Vida familiar em Minas Gerais no Século XVIII**. São Paulo: Editora Hucitec, 1977, p. 23.

³⁸ FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 83.

³⁹ Apud SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. da Universidade de São Paulo, 1984, p. 35.

O trabalho da Igreja voltava-se à catequização dos indígenas e, também, para que abandonassem as práticas sexuais e aderissem ao casamento católico religioso.

Como nenhuma das medidas adotadas por Portugal foi suficiente para suprir a falta de mulheres brancas, no Brasil, tornou-se prática comum, entre os portugueses que aqui chegavam, “catequizar” as índias, batizá-las e, depois, casar-se com elas.

Havia, no entanto, outro costume que chamava a atenção do Padre Manuel da Nóbrega, quando dizia que “nesta terra há um grande pecado, que é terem os homens quase todos suas negras por mancebas, e outras livres que pedem aos negros por mulheres, segundo o costume da terra, que é terem muitas mulheres.”⁴⁰

Os portugueses, quando aqui chegaram, trouxeram dois tipos de casamento. O casamento presumido (pressupunha apenas uma convivência prolongada, sem formalidades) e o casamento à porta da igreja. Não havia punições mais severas para a poligamia e para os concubinatos, a não ser a recusa dos sacramentos, pelo menos até o Concílio de Trento.

Essa situação permitiu que a família brasileira, desde o seu início, se constituísse pela miscigenação de raças e culturas, como explica Gilberto Freyre:

Híbrida desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que se constituiu mais harmoniosamente quanto às relações de raça: dentro de um ambiente de quase reciprocidade cultural que resultou no máximo de aproveitamento dos valores e experiências dos povos atrasados pelo adiantado; no máximo de contemporização da cultura advéncia com a nativa, da do conquistador com a do conquistado. Organizou-se uma sociedade cristã na superestrutura, com a mulher indígena, recém-batizada, por esposa e mãe de família; e servindo-se em sua economia e vida doméstica de muitas das tradições, experiências e utensílios da gente autóctone.⁴¹

Somente por volta do século XVIII, a Coroa Portuguesa começou a se preocupar, de forma mais consistente, do controle social sobre a vida familiar, embora o problema da falta de mulheres brancas persistisse, o que levava muitos homens para uniões ilegítimas.

Para o colonizador, os homens mestiços, libertos, eram considerados indisciplinados, socialmente inquietos, de modo que lhes interessavam mais os

⁴⁰ Apud SILVA, M. B. N. op. cit., p. 36.

⁴¹ FREYRE, op. cit., p. 160.

casamentos entre os brancos, uma vez que melhor atendiam à política de exploração da Colônia.

As mulheres que vinham, muitas vezes vinham por motivos religiosos, para se tornarem freiras. Este fato levou a Coroa a proibir o retorno de mulheres para Portugal, sob o argumento de que

Sendo-me presentes os motivos por que no Brasil há mais crescimento de gente, em grande prejuízo do aumento e povoação daquele Estado, sendo a principal causa dessa falta o grande excesso, que há, em virem para esse Reino muitas mulheres, com o pretexto de serem religiosas, violentadas por seus pais, ou mães, constringendo-lhes as vontades, que deviam ser livres para elegerem estado, de que resulta faltarem essas mulheres o matrimônio, que convém aumentar o Brasil.⁴²

A Igreja exerceu importante função, em favor do casamento, das chamadas uniões legítimas. O clero não tinha só funções religiosas, mas também controlava as uniões consideradas ilegítimas, condenando, colocando a mulher adúltera na rua, promovendo excomunhões etc.

Contribuía, ainda, para as uniões livres, a burocracia exigida pela Igreja, custas elevadas para os casamentos, constantes mudanças de domicílio, falta de padres, de modo que os casamentos oficiais tornavam-se muito difíceis.

De um lado, havia estímulos aos casamentos oficiais; mas, de outro, havia uma série empecilhos.

Figueiredo esclarece que

Naturalmente, essa contradição na política religiosa não irá gerar apenas famílias fora dos padrões cristãos. De uma maneira geral, essa resistência em aceitar as limitações impostas pela Igreja iria ocorrer em um universo no qual a religiosidade popular costumava afastar-se muito do oficial. Diante desse espantinho, as comunidades persistiam em seu modo de vida distinto das determinações exigidas pelo cristianismo. O cotidiano acabava por vencer as instituições, que deveriam agir na moralização e normatização social.⁴³

Após uma primeira fase de colonização, caracterizada pela falta de mulheres lusitanas, de promiscuidade, de múltiplos relacionamentos entre brancos, índias e negras e de sexualidade acentuada, que deixa de ser característica do modelo família da época, embora à margem da legalidade, chega-se ao início do século

⁴² Segundo C. R. Boxer. **A Idade do Ouro**. São Paulo: Cia Ed. Nacional, 1969, p.186, apud Luciano Raposo de Almeida Figueiredo, op. cit., p. 27.

⁴³ FIGUEIREDO, op. cit., p. 39.

XVIII. De acordo com Alzira Lobo de Arruda Campos, a intenção do Estado era de reforçar a autoridade do pai, representante do rei dentro da família. As mulheres eram consideradas frágeis, mas tinham direito à sucessão, testamentos, direito a celebrar contratos⁴⁴.

Os filhos estavam sujeitos ao pátrio poder. Os filhos naturais e bastardos podiam herdar, quando reconhecidos, normalmente, as cotas estabelecidas pelos pais. O consentimento para casar era necessário para filhos até os vinte e cinco anos.

Embora não fosse uma prática muito comum, os escravos também podiam se casar, desde que catequizados.

A casa-grande passou a ser o modelo tradicional de família patriarcal que se prolongou pelo menos até a metade do século XIX. A família do proprietário de terras incluía não só a mulher, mas os filhos, concubinas, escravos, parentes, padrinhos, afilhados, amigos, dependentes. Os homens tinham regalias que não eram dispensadas às mulheres, como aventuras com escravas e ex-escravas, desde que fossem de forma discreta. Da mulher se esperava fidelidade, envolta em aura de castidade e obediência ao esposo.

A grande família patriarcal começa a sofrer modificações acentuadas já nos primeiros anos da República. O progresso das cidades, a necessidade de estudo para os filhos, as atividades políticas fazem com que uma grande parte dos proprietários de terras se mude para as cidades, para investir na indústria e no comércio, deixando para trás os demais dependentes da casa-grande.

2.2.5 A família contemporânea

A família nuclear ou celular da sociedade industrial contemporânea, tem origem em determinantes; de um lado, a revolução francesa, que, aliada à reforma protestante, diminuiu a influência religiosa sobre o casamento e, de outra parte, a revolução industrial, que culminou com a migração das grandes massas de trabalhadores aos grandes centros urbanos, acabando por dispersar os membros da família. O liberalismo econômico, da mesma forma, impôs profundas e radicais

⁴⁴ CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda Campos. **Casamento e Família em São Paulo Colonial: caminhos e descaminhos**. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 50-51.

modificações na dinâmica familiar, à medida que o pai e a mãe passaram a permanecer mais tempo nas fábricas, no trabalho, do que convivendo com os filhos. As famílias perderam o forte esteio religioso, na mesma proporção em que diminuía os casamentos de conveniência e aumentavam os casamentos fundados na afetividade e no amor.

Desaparece, portanto, a família patriarcal, caracterizada como uma unidade de produção e nasce a nova família, fundada em relações de afeto, de igualdade, de respeito e não mais sustentada por valores religiosos, políticos, morais etc.

Inegavelmente, vive-se um novo momento em que a família já não é mais só aquela fundada no casamento, com caráter sacramental, patriarcal, sob a autoridade de um chefe de família. A família pós-moderna ou contemporânea é a família cujos laços de união estão fundamentados no afeto.

Neste sentido, é esclarecedor o pensamento de Rosana Amara Girardi Fachin:

A pluralidade marca a nova geografia familiar do terceiro milênio. Pessoa e família podem ser redimensionadas adequadamente, para dar sentido, mediante a realização concreta de suas necessidades, à democrática vida em sociedade, com mais justiça e menos desigualdade. Esta expressiva mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis aos direitos fundamentais.⁴⁵

A possibilidade de dissolução do casamento, casamentos sucessivos, a união estável, as uniões entre pares homoafetivos, os avanços tecnológicos que permitiram inovações significativas na reprodução humana provocaram enormes transformações estruturais da família.

Maria Berenice Dias diz:

surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do art. 8º, do art. 226 da CF: o estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.⁴⁶

⁴⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56-57.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53.

A Nova Ordem Jurídica, em especial, a partir da Constituição Federal de 1988, embora recepcionando e conferindo especial proteção à instituição do casamento, deixou este de ser a forma única de constituição da família. A Constituição confere *status* de família à “união estável entre o homem e a mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, §§ 3º e 4º). Mais do que isso, a Constituição Federal reconheceu, também, outros modelos familiares, atípicos, com vistas à proteção jurídica dos sujeitos que as integram e nela desenvolvem suas personalidades.

César Fiúza esclarece que

A família relida a partir da ótica civil-constitucional torna-se o locus da afetividade, das relações de amor e “ódio”, deixa de ser a esfera do pater famílias, transformando-se em centro de promoção da dignidade humana; da dignidade dos filhos, cujo tratamento partirá dos princípios da igualdade, do melhor interesse do menor e do filiocentrismo; da dignidade do casal e dos demais membros da família, seja qual for a sua configuração.⁴⁷

No mesmo sentido, José Bernardo Ramos Boeira diz:

a nova família se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, não se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, valorando a verdade sociológica construída todos os dias através do cultivo dos vínculos de afetividade entre seus membros.”⁴⁸

Quanto aos filhos, já não há mais qualquer distinção, sejam eles provenientes do casamento, da união estável, do concubinato ou de qualquer outra origem.

A família contemporânea, portanto, já não é mais só aquela constituída pelo homem, pela mulher e seus filhos. A família contemporânea está muito mais diversificada, incluindo os recasados, seus filhos, enteados, os grupos de irmãos, os pares homoafetivos e seus filhos biológicos ou adotivos, já que tal direito, paulatinamente, lhes vem sendo reconhecido. Enfim, a família se apresenta de forma pluralista, pelos diversos tipos e modelos de convivência. Surgiram novos

⁴⁷ FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 236.

⁴⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27.

modelos familiares, decorrentes de vários fatores como: a facilidade de separações, redução das taxas de natalidade, outros tipos de uniões além do casamento, a inserção da mulher no mercado de trabalho, inserção numa diversidade de contextos sociais, ao compartilhar interesses, solidariedade, reciprocidade, mas, acima de tudo, afetividade, que, certamente, é a principal característica destes novos formatos da família atual.

2.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO: SITUAÇÃO ATUAL NO BRASIL

Apesar das enormes transformações sociais e familiares, ao longo da história⁴⁹, deixando a criança de ser um patrimônio dos pais, pelo interesse que se consolidou na proteção à infância, em especial, a partir do século XIX, consubstanciando-se nas convenções das Nações Unidas, no século XX, na Constituição Federal Brasileira de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, o abandono e, conseqüentemente, o acolhimento institucional da criança e do adolescente ainda continua sendo uma das mais graves chagas sociais dos tempos modernos.

Observa-se, pelo retrospecto histórico, que o abandono, o afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias, não é um fenômeno contemporâneo, muitas vezes atribuído à modernidade, à desestrutura familiar, aos novos modelos familiares, à pobreza, às drogas, enfim, aos problemas de ordem social dos tempos atuais.

Orfanatos, educandários, santas casas, casas de misericórdia, abrigos, unidades de acolhimento, casas-lares etc., são denominações comuns que, ao longo do tempo, foram sendo utilizadas para designar as instituições que recebem crianças e adolescentes com direitos violados e que, por qualquer razão, são afastados da convivência com seus familiares ou responsáveis.

⁴⁹ Rosana Amara Girardi Fachin esclarece que: “Na história da família, a criança sempre exerceu um papel em que a relação de pais e filhos era fincada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva. Contudo, novos contornos vão sendo desenhados a partir do momento em que a escola deixa de ser a reserva dos clérigos para ser um instrumento de iniciação social e, daí em diante, nota-se a vigília dos pais sobre seus filhos fazendo com que haja uma aproximação maior, crescendo o sentimento de afetividade na família.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45-46.

Trata-se de uma grande parcela da população brasileira, que vive em instituições, muitas vezes desde os primeiros anos de vida e que nessas instituições permanece, não raras vezes, por muitos e muitos anos, mesmo até atingir a maioridade.

Várias foram as tentativas da legislação para enfrentar o problema e assegurar a estas crianças e adolescentes a oportunidade da convivência familiar. A mais recente é chamada “Nova Lei de Adoção” ou “Lei da Convivência Familiar,”⁵⁰ assim denominada porque foi elaborada com base no Plano Nacional da Convivência Familiar.

O fato é que milhares de crianças e adolescentes continuam vivendo em instituições de acolhimento, muitas vezes esquecidas pelas famílias, pela sociedade e pelo Estado.

Em 2004, pela primeira vez, no Brasil, elaborou-se um estudo estatístico de fôlego, com vistas a realizar um levantamento da situação de crianças e adolescentes convivendo em unidades de acolhimento, em todo Brasil.

O trabalho encomendado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) foi realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), coordenado pela economista e pesquisadora Enid Rocha Andrade Silva.⁵¹

A pesquisa realizada em 589 instituições de acolhimento, vinculadas à Rede de Serviços de Ação Continuada (SAC), encontrou, aproximadamente, 20.000 crianças e adolescentes vivendo nessas instituições⁵². Trata-se, no entanto, de apenas uma amostragem do sistema; em verdade, as estimativas são de que mais de 80.000 crianças e adolescentes estejam vivendo em instituições de acolhimento em todo País.

A pesquisa revelou, também, que mais de 80% das crianças pesquisadas tinham família e 58% mantinham vínculos com a família de origem.

⁵⁰ Lei 12.010, de 2009.

⁵¹ SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

⁵² Rede de instituições de acolhimento que recebem recursos da Rede de Serviços de Ação Continuada e do Ministério do Desenvolvimento Social.

De lá para cá, a situação não se alterou significativamente. O Conselho Nacional de Justiça, também preocupado com o grande número de crianças acolhidas e a falta de soluções, implantou os cadastros nacionais de crianças acolhidas⁵³ e de crianças em condições de serem adotadas.

Embora se saiba que os dados não são completos, inclusive, pela falta de fiscalização na alimentação dos dados, encontram-se cadastrados, atualmente, cerca de 33.430 crianças e adolescentes vivendo em instituições de todo Brasil⁵⁴. Destes, apenas 8.743⁵⁵ estão em condições jurídicas de serem adotados, ou seja, tiveram seus pais destituídos do poder familiar ou são órfãos. De acordo com a pesquisa realizada pelo IPEA, apenas 10,7% das crianças que se encontram nas unidades de acolhimento estão em condições jurídicas de serem adotadas.⁵⁶

Outro dado alarmante da pesquisa do IPEA é de que apenas 54,6% das crianças acolhidas tinham processos tramitando nas Varas de Infância e da Juventude, o que vale dizer, que, praticamente, metade dos acolhimentos era desconhecida do Judiciário, responsável pelo desacolhimento ou inserção em família substituta.⁵⁷ A Lei 12.010/2009, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais uma tentativa legislativa que pretende dar um fim a esta situação vexatória, ao determinar que todo acolhimento deve ser comunicado ao Judiciário, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.⁵⁸

Observa-se, também, que, desde a implantação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dos cadastros de crianças acolhidas e de crianças em condições de serem adotadas, o número de acolhidos só vem crescendo, o que revela que as políticas e as medidas até aqui adotadas são ineficientes e ineficazes ou os cadastros realmente não cumprem a função para a qual foram criados.

As instituições de acolhimento funcionam, como diz a psicóloga Lídia Weber,⁵⁹ como uma espécie de profilaxia social, ou seja, um local onde se pode

⁵³ Resolução 24, de 29 de abril de 2008 e Resolução 93, de 27 de outubro de 2009.

⁵⁴ Dados do CNJ em 29/07/2011. Em março de 2011 eram 29.000.

⁵⁵ Dados colhidos do site do CNJ (www.cnj.jus.br) em: 25/03/2011.

⁵⁶ SILVA, E. R. A. [Coord.], op. cit., p. 63.

⁵⁷ SILVA, E. R. A. [Coord.], op. cit., p. 65.

⁵⁸ ECA. "Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)."

⁵⁹ WEBER, Lidia Natalia Dobriaskyj. **Laços de Ternura: Pesquisas e histórias de ADOÇÃO**. Curitiba: Ed. Santa Mônica, 1998, p. 31.

manter as crianças e adolescentes, em situação praticamente invisível aos olhos da sociedade, que acredita que nestas unidades se encontram protegidas e assistidas em todas as suas necessidades.

A sociedade acaba aceitando este tipo de situação passivamente, até mesmo por entender que nestas instituições as crianças e adolescentes estão totalmente protegidos, inclusive, da fome, da miséria, das drogas, da violência e dos perigos das ruas, ou seja, estão “salvos”.

A criança e o adolescente são protagonistas de um conjunto de leis que se refere à sua proteção e que garante um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de modo saudável, em condições de igualdade, liberdade e dignidade, baseado em princípios de amor, carinho e compreensão.

Todavia, no momento em que são institucionalizados, essa gama de proteção é meramente simplificada a um tratamento massificado, padronizado, limitando-os e segregando-os da família e da comunidade, ou seja, há uma coletivização de suas vidas, não há um olhar individualizado. Suas qualidades e limitações são reduzidas e tratadas como crianças e adolescentes abandonados.

Quando institucionalizados, seguem uma rotina preestabelecida, são privados de desenvolver seu potencial como indivíduos. O que se vislumbra é um número, uma coletividade (a instituição não oferece condições de uma criança ou de um adolescente desenvolverem sua personalidade, sua individualidade, seus vínculos afetivos) que disputa o mesmo espaço e a atenção das pessoas. Ou seja, a criança e o adolescente são privados de seu espaço subjetivo, vivem numa realidade de família artificial e carente afetivamente, desamparados no que tange à segurança de se sentirem amados.⁶⁰

É da tradição brasileira, desde a criação das primeiras casas de misericórdia, que a grande maioria das unidades de acolhimento seja mantida pela própria comunidade, muitas vezes por ordens religiosas, igrejas ou particulares, com recursos originários de doações. Algumas mantêm convênios com o Poder Público, o que lhes garante, normalmente, um aporte de recursos públicos, eximindo o Estado de se preocupar com a situação.

A pesquisa do IPEA revelou que, entre as instituições da Rede SAC, as instituições não governamentais representam 68,3% do total e 67,25%⁶¹ possuem vínculos com alguma orientação religiosa. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estimula a criação e manutenção deste tipo de unidade, quando

⁶⁰ FANTE, Ana Paula; LATIF, Antonia Cassab. Convivência Familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. **Revista Textos e Contextos**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007, p. 167-168.

⁶¹ SILVA, E. R. A. [coord.], op. cit., p. 75 e 77.

estabelece que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.” (Art. 86).

As unidades de acolhimento continuam sendo o substitutivo para as crianças nascidas em famílias desestruturadas, que abandonam, que maltratam e negligenciam os filhos.

2.3.1 Causas do acolhimento institucional

Descrever as origens e causas de um fato social é sempre uma tarefa ingrata e arriscada, uma vez que nem sempre é fácil exprimir a totalidade do fenômeno. De qualquer forma, apesar dos riscos, o trabalho se propõe a examinar algumas dessas causas, sem, contudo, ser exauriente.

O acolhimento institucional de crianças e adolescentes no Brasil, sempre teve uma forte influência do pensamento assistencial, que se refletiu na legislação.

Desde as santas casas de misericórdia (a partir de 1500), os acolhimentos de crianças normalmente se davam em razão do abandono, que, no caso dos escravos, era, muitas vezes, estimulado. Antes das rodas dos expostos, as crianças eram deixadas nas naves das igrejas, próximo às casas de particulares, nas ruas, muitas vezes sujeitas às intempéries e à agressão de animais.⁶²

Como já observado, com a República, a expansão das indústrias, o crescimento sem planejamento das grandes cidades, a falta de habitações dignas, a miséria, o nascimento das favelas, cada vez mais, crianças ganharam as ruas das grandes cidades. A negligência, a mendicância, a exploração no trabalho tornaram comum, crianças e adolescentes nas ruas. Além disso, cada vez mais crianças e adolescentes estavam envolvidos na prática de crimes. A nova realidade social impôs ao Estado novos desafios. A solução encontrada foi a criação de orfanatos,

⁶² Roberto da Silva diz que “nos estudos sobre a Roda e Casa dos Expostos, muito se discutiu sobre se as causas do abandono seriam morais, socioeconômicas ou de saúde, tal como a falta de leite da mãe”. A tese mais forte, que dava também a medida da rejeição pela Roda, era a de que esta servia para ocultar os frutos pecaminosos da incontinência feminina. (SILVA, Roberto da. **Os Filhos do Governo: A formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Ática, 1998, p. 85).

para onde eram encaminhados estes menores, com o objetivo de serem educados, disciplinados, recuperados e devolvidos ao convívio social.

Os fatores de recolhimento de crianças e adolescentes aos orfanatos, que, posteriormente, coube às FEBEMs, eram a situação irregular, de meninos de rua, libertinos, de expostos, de mendigos, normalmente, em razão das condições de miséria em que habitavam, aliada à negligência de seus pais e responsáveis.

No início do século XXI, apesar das modificações legislativas, a realidade não se modificou de forma tão acentuada. Nesse sentido, a pesquisa do IPEA revelou que, em 2002, do total de acolhimentos, 24,1% se deram, em razão da carência de recursos materiais; 18,8%, pelo abandono dos genitores ou responsáveis; 11,6%, em razão de violência doméstica; 11,3%, pela dependência química dos pais ou responsáveis; 7,0%, pela vivência de rua e somente 5,2%, pela orfandade. As demais causas, como violência sexual, representam 22%.⁶³

Recente levantamento realizado na cidade de Cascavel – PR, dentre as 147 crianças e adolescentes acolhidas em diversas unidades, 34% tinham como uma das causas do acolhimento a negligência, 17%, a violência física e 11%, a dependência química dos pais ou responsáveis.⁶⁴

Tem-se observado que, em grande parte dos acolhimentos, não há uma única causa. A pobreza, muitas vezes, vem acompanhada da negligência, dos maus tratos, do alcoolismo. O uso de entorpecentes, da mesma forma, em grande parte, vem acompanhado da violência, da desestrutura familiar, e assim por diante.

O certo é que, nos últimos tempos, vem aumentando significativamente o acolhimento de crianças e adolescentes, em razão da dependência química e do alcoolismo dos responsáveis. Nestas circunstâncias, raros são os casos que permitem o retorno dessas crianças às suas famílias biológicas. Os tratamentos existentes para os dependentes químicos, quando aceitos, normalmente são de longa duração, o que faz com que os já fragilizados vínculos afetivos existentes entre pais e filhos se enfraqueçam ainda mais, quando não se rompem definitivamente. Além do tempo prolongado, os resultados desses tratamentos são incertos, não têm eficácia, em grande parte dos que a eles se submetem. É, ainda, muito comum que mães dependentes químicas se submetam à prostituição e a

⁶³ SILVA, Enid Rocha Andrade da. [coord]. op. cit., p. 55.

⁶⁴ Dados coletados de março de 2011, conforme Anexo I.

atividades ilícitas, para financiar o vício. Na prostituição, em busca da droga, acabam gerando filhos, alimentando o ciclo de abandonos.

É cada vez mais comum observar-se, nas unidades de acolhimento, crianças que nascem já com a síndrome de abstinência de drogas. São frutos de mães que fizeram uso de entorpecentes durante a gravidez e, muitas vezes, até momentos antes do parto. As crianças apresentam sintomas como hipertonia, hiperatividade, taquipneia, diarreia, insônia, entre outros.⁶⁵

Por outro lado, constata-se que os programas de inclusão social e de renda promovidos pelo Estado Brasileiro, nos últimos anos, produziram o efeito de diminuir o acolhimento de crianças e adolescentes unicamente em razão das condições de pobreza.

O que se observa cada vez mais é a pobreza aliada a outras causas de acolhimento, como a negligência, falta de higiene, alcoolismo, drogas, promiscuidade, mendicância, abandono escolar etc.

Uma característica muitas vezes presente nos acolhimentos de crianças e adolescentes é a repetição de um ciclo de abandonos. A mãe que abandona, não raras vezes, já foi, um dia, uma filha abandonada, excluída da família, com carências afetivas, excluída socialmente.

O psiquiatra português Pedro Strecht esclarece que

Nas histórias de crianças que passam por negligência, maus tratos ou abuso, encontramos vulgarmente um peso do que chamamos perturbações transgeracionais. As raízes do mal actual afundam-se muitos anos atrás, em gerações precedentes, na pré-história das crianças que observamos. É então como se os Pais parecessem condenados a repetir tragicamente com os seus filhos as dificuldades por que eles próprios passaram um dia enquanto crianças. E estes Pais, tal como os seus Pais e os Pais destes e assim sucessivamente, por vezes numa cadência solidamente estabelecida em que o amor parece mais frágil que o esquecimento e o perdão. O peso do passado toma conta do presente e parece desejar continuar a escrever torto pelas linhas do futuro, tinta invisível mas permanente.”⁶⁶

Um trabalho de conscientização junto às maternidades, unidades básicas de saúde, hospitais públicos tem produzido o efeito de mães manifestarem, muitas já durante o período de gravidez, o desejo de entregar os filhos para adoção.

⁶⁵ DELGADO, Arthur Figueiredo; CARDIERI, Joselina Magalhães Andrade; CRISTÓFANI, Lilian Maria; WAKSMAN, Renata Dejtiar. **Síndrome de Abstinência no Recém-Nascido**. Disponível em: <http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/68.pdf>. Acesso em: 07/03/2011.

⁶⁶ STRECHT, Pedro. **Crescer Vazio**. Repercussões Psíquicas do Abandono Negligência e Maus Tratos em Crianças e Adolescentes. 4ª ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, p. 60-61.

Encaminhadas para atendimento de orientação,⁶⁷ muitas mantêm o desejo de que seus filhos sejam encaminhados para adoção, o que tem permitido a diminuição dos acolhimentos por “adoções” ilegais. Nestes casos, as crianças não costumam permanecer por muito tempo em unidades de acolhimento, tendo em vista a idade e desnecessidade de processos litigiosos de destituição do poder familiar.

O acolhimento de crianças e adolescentes vítimas de violência e abuso sexual também ainda é bastante significativo.

Embora a legislação brasileira venha sendo constantemente transformada, o fato é que o acolhimento institucional ainda se constitui em importante, talvez o mais utilizado, meio de enfrentamento do problema do abandono e maus cuidados para com as crianças e adolescentes dos dias atuais.

2.3.2 Consequências da institucionalização prolongada

A consequência mais trágica do acolhimento institucional de crianças e adolescentes, certamente, está no plano afetivo. Muito pior do que o abandono material, educacional, é o abandono afetivo, que produz danos invisíveis, mas que desestruturam, desorientam, tornando-as pessoas infelizes e inseguras.

O afeto, como valor jurídico, vem sendo reiteradamente reconhecido pela doutrina e pelos tribunais, inserindo-o no rol dos direitos da personalidade, decorrente, principalmente, dos princípios da dignidade humana e da solidariedade.

Em relação à criança e ao adolescente, embora o afeto não tenha sido inscrito expressamente na Constituição Federal como um direito fundamental da criança e do adolescente, ele foi incorporado tacitamente, bem como por força de tratados internacionais.⁶⁸

⁶⁷ Conforme determina o art. 166, § 2º, do ECA.

⁶⁸ Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo observa que o “Princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 38).

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959⁶⁹ e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989⁷⁰, expressamente, reconhecem o afeto como direito fundamental da criança. Assim, o Brasil, como signatário destes tratados, incorporou, de forma definitiva, o afeto como princípio jurídico e um direito fundamental, face ao disposto no artigo 5º, LXXVII, § 2º, da Constituição Federal:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

As crianças, em seus primeiros anos de vida, tendem a desenvolver fortes laços de apego para com as pessoas que as cuidam. Neste sentido, Mônica Rodrigues Cuneo relata que, já em 1945, o psicanalista René Spitz fez estudos comprobatórios da importância do afeto, nesses primeiros anos de vida.

Em suas pesquisas realizadas junto a um orfanato, Spitz (1945) observou que os bebês institucionalizados que eram alimentados e vestidos, mas não recebiam afeto, nem eram segurados no colo ou embalados, apresentavam dificuldades no seu desenvolvimento físico, faltava-lhes apetite, perdiam peso, sofriam de insônia, tinham grande suscetibilidade a resfriados intermitentes, desenvolviam sentimentos de abandono e embotamento afetivo e, com o tempo, perdiam o interesse por se relacionar.⁷¹

Sávio Bittencourt também destaca que

Nós somos seres alimentados pelo afeto. Ele é o combustível essencial para nossa formação. Somos seres mais seguros quando fomos amados em nossa infância de uma maneira explícita. A bem-querência nos permite ousar os primeiros passos e nos ampara nas explorações do desconhecido, que são tão importantes para a formação do nosso caráter.⁷²

⁶⁹ Declaração Universal dos Direitos da Criança. Princípio 6º: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material.”

⁷⁰ Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Preâmbulo: “Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.”

⁷¹ CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado**: Os filhos do Esquecimento. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam. Disponível em: www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc. Acesso em: 07/03/2011.

⁷² BITTENCOURT, Sávio. **A Revolução do Afeto**: dez passos para a felicidade. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2010, p. 59.

Os laços de afetividade que são construídos dentro das unidades de acolhimento são frágeis, especialmente em locais onde se concentram grande número de crianças, como é da característica das unidades de acolhimento, no Brasil.

Como grande parte das unidades de acolhimento são filantrópicas, mantidas por voluntários e comunidades religiosas, observa-se uma rotatividade grande de pessoas que desempenham o papel de cuidadores das crianças acolhidas. A criação de vínculos de afeto, nestas condições, é muito prejudicada. Quando a criança ou adolescente começa a estabelecer laços afetivos, começa a identificar os cuidadores, estes vínculos são reiteradamente rompidos pela substituição das pessoas que trabalham nas unidades. Essas crianças vivem num círculo de perdas, separações e abandonos, com evidentes consequências negativas para o seu desenvolvimento. Os vínculos que se formam são sempre temporários, frágeis, instáveis, inclusive, com os demais acolhidos. Alguns saem, retornando para as famílias, encaminhados para famílias substitutas, enquanto outros permanecem, quando não ficam transitando entre uma instituição e outra.

A criança, desde os primeiros meses de vida, necessita de um referencial, que lhe dê condições e suporte afetivo para seu desenvolvimento emocional, como explica o psicólogo Luiz Schettini Filho:

É, por exemplo, o caso da criança recém-nascida, que busca sofregamente o apego afetivo guiada por características singulares da figura materna como o timbre da voz, o cheiro do corpo e a textura da pele. Essas são as referências básicas e concretas que “invadem” o recém-nascido para fornecer-lhe elementos que permitam os vínculos que, ao longo da convivência, tenderão a produzir segurança em harmônico crescimento afetivo.

Pior que o acolhimento institucional é o acolhimento por longo tempo.

A pesquisa do IPEA revelou que a maioria das crianças que vivem em unidades de acolhimento no Brasil passam acolhidas mais de dois anos. Esclarece que 32,9% permanecem de dois a cinco anos, enquanto 13,3%, entre seis e dez anos e 6,4%, por mais de dez anos.⁷³

Por melhor equipada que seja uma instituição, sob o aspecto físico e humano, o longo tempo de acolhimento, além de produzir o esfacelamento dos laços

⁷³ SILVA, E. R. A., op. cit., p. 65.

familiares (com a família biológica), prejudica sua estimulação, priva a criança do convívio social, retardando a socialização e seu desenvolvimento.

Neste sentido, é oportuna lição de Mônica Rodrigues Cuneo:

A institucionalização prolongada impede a ocorrência de condições favoráveis ao bom desenvolvimento da criança. A falta de vida em família dificulta a atenção individualizada, o que constitui obstáculo ao pleno desenvolvimento das potencialidades biopsicossociais da criança. A submissão a rotinas rígidas e o convívio restrito às mesmas pessoas comprometem o sadio desenvolvimento da criança, além de limitar suas possibilidades e oportunidades de desenvolver relações sociais amplas e diversificadas. A dinâmica institucional aprisiona a criança e não a protege da angústia de, mais tarde, enfrentar o mundo externo, que lhe afigura misterioso desconhecido.⁷⁴

Cuneo explica, ainda, que a criança acolhida não recebe os mesmos estímulos que uma criança na intimidade de uma família, o que certamente, vai prejudicar o seu desenvolvimento, já que não recebe um atendimento individualizado, de acordo com suas peculiares necessidades.⁷⁵

Nem sempre, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁶ determine, as unidades de acolhimento promovem a reintegração familiar ou estimulam a manutenção e o fortalecimento dos vínculos com a família biológica.

A pesquisa do IPEA apontou que os fatores determinantes para que, no Brasil, ainda ocorram acolhimentos prolongados se devem à falta de fiscalização efetiva por parte do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselhos Tutelares, à falta de profissionais capacitados nas unidades de acolhimento que possam realizar a reintegração familiar, à demora nos julgamentos e à utilização indiscriminada da

⁷⁴ CUNEO, op. cit.

⁷⁵ Neste sentido: "Parece claro que a ruptura de um laço afetivo forte traz perdas profundas para o desenvolvimento da personalidade da criança e de sua capacidade para ligar-se de maneira construtiva com outras pessoas no futuro. Viorst (1986, p.21) afirma que quando a separação coloca em perigo um apego antigo, torna-se difícil estabelecer a confiança e adquirir a convicção de que durante o curso de nossa vida acharemos, e merecemos achar, outros que satisfaçam nossas necessidades. E quando os primeiros laços são inseguros, ou quebrados ou danificados, podemos transferir essas experiências, ou respostas a estas experiências, para as expectativas em relação aos filhos, amigos, esposo(a) e até para os companheiros de negócios." (WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; KOSSOBUDSKI, Lucia Helena Milazzo. **Filhos da Solidão: Institucionalização, Abandono e Adoção.** Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996, p. 41).

⁷⁶ ECA. "Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

I – preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;"

medida protetiva do acolhimento institucional como única solução de proteção à criança e ao adolescente.⁷⁷

Sem dúvida, para além das causas apontadas pela pesquisa, o Poder Judiciário e Ministério Público têm responsabilidade maior. O acolhimento institucional, tão logo ocorra, deve ser imediatamente comunicado ao Juiz da Vara da Infância e da Juventude,⁷⁸ que, ouvido o Ministério Público e com apoio do Conselho Tutelar, deverá adotar providências para a reintegração familiar, se esta for possível.

Ocorre, porém, que a grande maioria das Comarcas do Brasil sequer possui varas especializadas. Aquelas comarcas que as possuem, em sua grande maioria, sofrem com a absoluta falta de condições materiais e de servidores.

A Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude realizou pesquisa, em 2008, e constatou que vários estados brasileiros sequer possuem equipes interdisciplinares,⁷⁹ embora estas já fossem exigidas, desde o tempo do Código Mello Matos (1927),⁸⁰ exigência renovada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente,⁸¹ em vigor há mais de vinte anos. O CNJ, da mesma forma, já emitiu recomendação aos tribunais de justiça para implantação das referidas equipes interdisciplinares, recomendação solenemente ignorada pelos tribunais de justiça.⁸² Outros estados possuem equipes técnicas, compostas, no mínimo, por psicólogos e assistentes sociais, apenas nas capitais.⁸³

A intervenção das equipes técnicas é necessária em, praticamente, todos os procedimentos envolvendo acolhimento institucional. Quando o juiz não as dispõe, fica na dependência de outros órgãos, em especial, dos municípios ou das unidades de acolhimento, quando estes as possuem. Nestas situações, além da inevitável demora na elaboração de laudos técnicos, observa-se a falta de especialização, tão

⁷⁷ SILVA, E. R. A., op. cit., p. 65.

⁷⁸ Conforme artigo 93, do ECA.

⁷⁹ Estados que não possuem equipes interdisciplinares: Ceará e Rio Grande do Norte. In: ABMP. **O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**: Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. Brasília: ABMP, 2008, p. 44.

⁸⁰ Art. 118. Decreto nº 17.943 A/27.

⁸¹ ECA. “Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.”

⁸² Recomendação 02, de 25 de abril de 2011.

⁸³ Como Acre, Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Piauá, Tocantins e Pará.

necessária em questões envolvendo crianças e adolescentes, já que, muitas vezes, não há uma continuidade no acompanhamento, nem mesmo nas tentativas de reintegração familiar.

Em boa hora, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou, também, a exigir que as unidades de acolhimento tenham equipes técnicas interdisciplinares, igualmente responsáveis pela rápida solução para o acolhimento institucional.⁸⁴

O acolhimento prolongado, portanto, necessita ser repensado, também, no âmbito do Poder Judiciário, com a necessidade de especialização dos seus juízes, servidores, constituição de equipes multidisciplinares, condições materiais para que, tão logo a criança ou adolescente sejam acolhidos, possam ser adotadas medidas judiciais céleres para a garantia de seu direito à convivência familiar. Isso só será realmente possível, à medida que criança e adolescente também forem prioridade absoluta, dentro do Sistema de Justiça, que, até hoje, continua com uma visão assistencialista, por entender que, enquanto a criança que estiver acolhida, está sendo atendida em suas necessidades.

O acolhimento por longos anos traz outro prejuízo para crianças e adolescentes. Sabe-se que a colocação em família substituta, na eventualidade da família biológica ou extensa não poderem assisti-la, depende, em grande parte, da idade em que se encontra essa criança ou adolescente. Pretendentes à adoção, nacionais e estrangeiros, querem crianças, preferencialmente, com pouca idade e em boas condições de saúde. À medida que os anos passam, além de tornar cada vez mais difícil a reinserção familiar, uma vez que os laços, com o tempo, fragilizam-se ou rompem-se, a colocação em família substituta, especialmente na modalidade de adoção, torna-se cada vez mais difícil. Quanto menor a idade da criança, mais chances terá para ser reinserida numa família.

O fato é facilmente comprovado pelo Cadastro Nacional de adoção que registra mais de 27.000 pretendentes à adoção e, de outro lado, aproximadamente 4.700⁸⁵ crianças em condições de serem adotadas, o que não ocorre, em grande parte, em razão de sua idade, ou seja, cresceram demais, muitas vezes, dentro das unidades de acolhimento.

⁸⁴ ECA. Art. 101, § 5º e § 9º, com as alterações introduzidas pela Lei 12.010, de 2009.

⁸⁵ Dados coletados em 01/08/2011, no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): www.cnj.jus.br

Incontestável, portanto, que o acolhimento institucional além de privar a criança de carinho, de afeto, de uma família, produz outras consequências que afetam seu desenvolvimento, como concluem Weber e Kossobudzki:

Diversos estudos comprovam os danos psicológicos, físicos ou sociais, decorrentes da institucionalização, mostrando de um modo geral, que a criança institucionalizada apresenta déficit em seu desenvolvimento motor, da linguagem, social e intelectual geral. Newman e Newman (1979, p.98) observam que enquanto alguns pesquisadores têm atribuído estas performances negativas à falta de estimulação ambiental, o ingrediente central que parece estar faltando durante a infância destas crianças é a ausência de um relacionamento contínuo com uma ama. A falta de uma mãe ou de um pai limita a capacidade da criança se relacionar com outros, privando-a do sentimento de confiança e segurança no ambiente. Devido a esta falta de segurança, a criança é lenta para explorar, testar e tentar superar as atividades normais de seu período de desenvolvimento.⁸⁶

Outrossim, não se pode esquecer que, até o momento em que se optou pelo acolhimento institucional, normalmente, a criança já passou por série de abandonos, de maus tratos, de negligências, passou por privações materiais e afetivas, pois, do contrário, o acolhimento não teria ocorrido. Muitas das crianças acolhidas, surpreendentemente, não revelam sentimentos em relação aos pais, não falam e não pedem pelos pais, depois de acolhidas. A experiência de muitos anos em vara da Infância e Juventude revelam crianças e adolescentes, não raras vezes, manifestarem o desejo de não mais retornar ao convívio dos genitores. Tais situações demonstram que os pais não conseguiram construir, com os filhos, vínculos sólidos de afetividade, ou passaram por tantas privações, que têm medo de revivê-las.

Francisco e Souza esclarecem que

É costumeiro observarmos nas crianças que são abandonadas ou retiradas do meio familiar original, por motivos extremos, uma tendência à baixa autoestima, que se reflete em dificuldades na aprendizagem formal e comportamento passivo ou transgressor o que, conseqüentemente, afetará a elaboração de um projeto de vida. Diversos estudos comprovam que a institucionalização da criança é um fator de grande risco. É importante considerarmos a idade da criança, o tempo em que passou na instituição, características e estrutura de sua personalidade e a forma de acolhimento que lhe foi propiciado.⁸⁷

⁸⁶ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; KOSSOBUDSKI, Lucia Helena Milazzo. **Filhos da Solidão: Institucionalização, Abandono e Adoção**. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996, p. 41.

⁸⁷ FRANCISCO, Ana Lúcia; SOUZA, Severino Ramos Lima de. **Psicólogos na Fundac: Uma História que Precisa ser Contada**. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches – FASA, 2009, p. 24.

Sempre haverá situações em que a criança necessita, inclusive para sua proteção, ser afastada de sua família. O acolhimento institucional é uma das alternativas disponíveis, provisória e excepcional. Sua efetiva proteção, no entanto, só ocorrerá quando retornar ao convívio familiar.

Inegável, portanto, que o acolhimento, embora possa ser necessário em algumas situações extremas, também produz consequências prejudiciais à criança e ao adolescente, especialmente nos primeiros anos de vida, justificando sua excepcionalidade e brevidade.⁸⁸

⁸⁸ Gabriela Golin e Silvia Pereira da Cruz Benteti concluem: “De acordo com Bowlby (1976/2006), a incapacidade de estabelecer vínculos afetivos por modificações ou falhas ambientais pode interferir no desenvolvimento da criança, principalmente em seu primeiro ano de vida. A psicopatologia, portanto, resultaria dessas dificuldades. Muitas vezes, manifestações de conduta antissocial ocorrem em crianças que sofreram privações importantes, como perdas significativas durante a primeira infância, que podem levar à delinquência (Bowlby, 1973/2004; Bowlby e Ainsworth, 1991; Rygaard, 2008; Winnicott, 1984/2002). Entretanto, é fundamental entender que essas manifestações significam a busca de algo importante que se perdeu (Winnicott, 1984/2002). São ações que caracterizam defesa, revolta e esperança.” (GOLIN, Gabriela; BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. **O Abrigo Precoce: vínculos iniciais e desenvolvimento infantil.** In: FRANCO, Maria Helena Pereira [org.]. **Formação e Rompimento de Vínculos: O dilema das perdas na atualidade.** São Paulo: Summus, 2010, p. 179).

3 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1 A CONTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O legislador constitucional reservou à criança e ao adolescente um importante espaço de garantias, não somente aquelas previstas no artigo 227, *caput*, mas também em outros textos correlatos, como nunca acontecera, no Brasil.

Tratam-se de direitos fundamentais, o que significa, segundo Canotilho,⁸⁹ “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados *naturais* e *inalienáveis* do indivíduo.”

A grande importância de elevar os direitos da criança e do adolescente à categoria de normas constitucionais é a de que estes direitos passam a ser interpretados como vinculativos, não mais como meros projetos de retórica, bem como servirão de limites para a revisão da legislação infraconstitucional.⁹⁰

Canotilho ainda reafirma que, ao lado dos direitos fundamentais positivados na Constituição, podem existir outros direitos fundamentais, ainda que não expressamente positivados no texto constitucional⁹¹.

No mesmo sentido, como ensina Sarlet,⁹² há, na Constituição, outros direitos fundamentais “implícitos” ou “decorrentes”, o que se extai, também, do que dispõe o artigo 5º, § 2º, ao admitir a inclusão de outros direitos, inclusive, de tratados internacionais, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Diz, ainda, o autor que

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

⁹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 378 e 379.

⁹¹ Neste ponto, o autor faz uma distinção entre direitos formalmente constitucionais e direitos fundamentais sem assento constitucional, quando diz: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. art. 16.º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de **direitos materialmente fundamentais**. (CANOTILHO, op. cit., p. 403).

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2009, p. 79.

na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso, (e talvez por isso mesmo), dispensa outros desenvolvimentos.

Quando a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”, deixa expresso que os direitos fundamentais não se limitam aos previstos no artigo 227, mas incorpora os de tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, além de outras normas e princípios do texto constitucional,⁹³ que Canotilho também chama de direitos fundamentais dispersos.⁹⁴

Significa, pois, que os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ainda que decorrentes de outros dispositivos constitucionais ou derivados de tratados internacionais, possuem a mesma hierarquia de norma constitucional.⁹⁵

Para Canotilho, os direitos fundamentais têm, como função, a defesa do cidadão contra os poderes do Estado, proibindo ingerências indevidas na vida privada e, por outro lado, permitem ao cidadão agir positivamente contra as omissões do Estado ou do poder público.⁹⁶

Neste sentido, é também oportuna a lição de Fachin e Pianovski Ruzyk, que esclarecem:

Os direitos fundamentais adquirem, também, feição prestacional, como ocorre, por exemplo, com os direitos sociais de segunda geração. O princípio da garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais, também possui dupla dimensão, negativa e prestacional: negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas à dignidade, em uma ordem de ideias protetiva; prestacional, na medida em que há o dever de promoção da dignidade da pessoa. Ambas as dimensões se dirigem tanto às relações entre Estado e cidadãos quanto nas relações interprivadas.⁹⁷

⁹³ Dentre estes direitos fundamentais previstos em outros dispositivos citem-se, apenas a título de exemplo: equiparação entre os filhos (art. 226, § 6º), imputabilidade penal (art. 228) etc.

⁹⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 404-405.

⁹⁵ Assim, pode-se concluir que os direitos fundamentais da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) fazem parte do Sistema de Direito Nacional, em grau de igualdade com as normas constitucionais, já que foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.

⁹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 407-408.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, SARLET,

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais, ainda que não expressamente positivados na Constituição Federal, como é o caso do afeto, incorporam o ordenamento jurídico, constituindo-se em suportes axiológicos do direito da criança e do adolescente.⁹⁸

À medida que tais normas, sejam elas previstas na Constituição, sejam elas derivadas de tratados internacionais, se encontrem num mesmo patamar de direitos fundamentais, estão também sujeitas aos limites da reforma da Constituição e se constituem em verdadeiras cláusulas pétreas.

Art. 60. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

Outrossim, observa-se que a sua efetivação, sob ponto de vista constitucional, já não encontra qualquer limite. O ordenamento jurídico infraconstitucional acompanhou os avanços constitucionais, reproduzindo e criando regras para implementação das políticas de atendimento à criança. O que não acompanhou as transformações legislativas, tanto internas como dos tratados internacionais, pelo menos na mesma velocidade, foi a eficácia deste novo arcabouço jurídico.

A Constituição Federal, elaborada com intensa participação popular, num período de redemocratização, teve, como um de seus nortes, a diminuição das desigualdades sociais. Nesse sentido, também contemplou, de forma especial, a criança e o adolescente, conferindo-lhes direitos fundamentais, em maior amplitude do que para os adultos.

Para além dos artigos 6º, 7º e 8º, direitos assegurados a todos, a criança e o adolescente tiveram um tratamento especial, notadamente no capítulo VII, do Título III, com destaque para o artigo 227.

Ingo Wolfgang [org.]. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 100.

⁹⁸ Paulo Luiz Lôbo Netto afirma que “os juristas costumam dizer que os princípios constitucionais são expressos ou tácitos. São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam” (Arts. 227,§ 6º; 227,§§ 5º e 6º e art. 226,§ 4º, todos da CF) (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.).

A constitucionalização do direito da criança e do adolescente é também marcada pela mudança paradigmática da chamada *Doutrina da Situação Irregular* para a *Doutrina da Proteção Integral*, estimulada pela Doutrina das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos da Infância e da Adolescência, expressa em diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança (1989), Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990).

A criança e o adolescente, a partir desta mudança paradigmática, passaram a ser tratados como sujeitos de direitos, rompendo com uma tradição secular, ainda não suficientemente compreendida.⁹⁹

Na doutrina anterior, da situação irregular¹⁰⁰, a criança e o adolescente eram considerados sujeitos de direitos somente quando encontrados em situações irregulares, ou de patologia social, assim definidos em lei, como nos casos de prática de atos infracionais, abandono, orfandade etc. A doutrina da situação irregular foi adotada no Brasil pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979, mas não foi suficiente para enfrentar os problemas da infância pobre e abandonada.

A criança, neste contexto, só tinha importância para o Poder Público, quando se fizesse notar pela sua situação de “irregularidade”, como a delinquência, o abandono, orfandade etc.¹⁰¹

⁹⁹ Reaparecem, de vez em quando, tentativas pontuais de alteração legislativa, incompatíveis com o novo sistema (ex. Alteração da idade para efeitos de aplicação da Lei Penal).

¹⁰⁰ Emílio Garcia Mendez esclarece: “Desde a tosca e pioneira Lei do Patronato argentina de 1919, passando pelos complexos e ‘modernos’ códigos “Mello Mattos” do Brasil, de 1927, e da “Criança” do Uruguai, de 1934, até as mais recentes legislações de adequação à Convenção Internacional, é possível verificar uma assombrosa continuidade que se manifesta na negação formal e substancial da criança e do adolescente como sujeitos de direito.” (MENDEZ, Emílio Garcia. *Legislação de “Menores” na América Latina: Uma doutrina em situação irregular*. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [org.]. **Do Avesso ao Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 24).

¹⁰¹ André Viana Custódio esclarece que “os poderes legislativo, executivo e judiciário mantinham-se regularmente omissos, manifestando-se apenas quando as crianças assumiam a condição de objeto de interesse ‘jurídico’, seja pela prática de infrações, seja pela própria condição de exclusão social que as colocava em evidência. Aí, era o momento de configurar a irregularidade, que nunca era das instituições, mas sempre recaía sobre a criança, pela própria previsão ordenada do sistema jurídico ou pela condição de fragilidade que a submetia as imposições adultas produzindo o paradoxo da reprodução da exclusão integral pela via da inclusão na condição de objeto de repressão.” (CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito**

Com isso, a ideia de que o Estado poderia suprir o que a família não quisesse ou não pudesse realizar, no sentido de assistir, disciplinar, educar as crianças que se encontrassem em situações ditas irregulares. Iniciaram-se, assim, os acolhimentos em massa, em grandes unidades de internação.

Assim, o “menor” que era vítima de maus tratos, de violência doméstica, de abandono, era tratado como um sujeito em situação irregular, razão que justificava seu afastamento da família e seu conseqüente acolhimento institucional.

Com a Constituição Federal de 1988, no entanto, inaugura-se a transição de um modelo para outro. Custódio explica que em conseqüência disso, a legislação foi atualizada, produzindo um reordenamento de planos, projetos, ações e atitudes, tanto por parte do Poder Público como da sociedade, com reflexos altamente positivos.¹⁰²

Com a nova sistemática, se a criança é vítima de maus tratos, de abandono, quem está em situação irregular não é mais a criança, mas, sim, seus pais ou responsáveis. Parte-se do pressuposto de que criança e adolescente não são mais responsáveis pela situação em que se encontram e que precisam ser respeitadas. Além dos direitos fundamentais de todo homem, têm direitos especiais, considerada a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Dentre os direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional, destaca-se o direito à convivência familiar:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dentre todos os direitos elencados na disposição constitucional, o direito da criança a ter uma família organizada, estruturada, afetuosa, harmônica, certamente será a garantia de que os demais direitos lhe serão respeitados.

Antes, porém, de ingressar na análise do direito constitucional à convivência familiar, outros princípios constituem a estrutura sobre a qual se assenta o Novo Direito da Criança e do Adolescente, e orientam a sua interpretação e aplicação.

da Criança e do Adolescente. Disponível no site: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 18/03/2011.

¹⁰² CUSTÓDIO, op. cit., p. 27.

3.1.1 A condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento

O Novo Direito da Criança e do Adolescente, desde a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959),¹⁰³ Pacto de São José da Costa Rica,¹⁰⁴ passando pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989),¹⁰⁵ Constituição Federal,¹⁰⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)¹⁰⁷ reconhece, expressamente, que a criança e o adolescente têm um regime jurídico especial,¹⁰⁸ diferente e mais amplo do que o dos adultos, justamente pela situação também especial, de pessoas que ainda estão em fase de desenvolvimento. A criança e o adolescente têm, portanto, necessidades especiais para o seu pleno desenvolvimento físico, mental, social, afetivo, cultural. São pessoas mais vulneráveis, por se encontrarem em situação de desigualdade, como explica Martha de Toledo Machado.¹⁰⁹ Justifica-se, por sua condição peculiar, a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos. O Direito compensa, tenta equilibrar, de certa forma, a desigualdade fática.

Considerar na aplicação do Direito a criança como um ser humano em desenvolvimento, não como uma pessoa incapaz, significa estabelecer um critério diferenciado, um atendimento voltado para sua condição, uma abordagem especial, levando em consideração que ainda não atingiu a maturidade física, emocional, psicológica de um adulto.

¹⁰³ Declaração Universal dos Direitos da Criança. No preâmbulo, já estabelece: “Visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento”.

¹⁰⁴ Pacto de São José da Costa Rica. “Art. 19. Toda criança terá direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado.”

¹⁰⁵ No Preâmbulo, repete o mesmo princípio.

¹⁰⁶ Constituição Federal. “Art. Art. 227, § 3º: O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: ... V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.”

¹⁰⁷ ECA. “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

¹⁰⁸ A Declaração dos Direitos do Homem (1948) já apontava que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais.” (art. 25.2).

¹⁰⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 122-123.

Antonio Carlos Gomes da Costa¹¹⁰ aponta que, ao considerar a criança como uma pessoa em desenvolvimento, o legislador estabeleceu um critério teleológico e ontológico de interpretação, que, ao lado da prioridade absoluta e da condição de sujeito de direito, formam o tripé sobre o qual se assenta a nova doutrina do Direito da Criança e do Adolescente.

Esclarece, ainda:

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente seus direitos; não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

A afirmação da criança e do adolescente como 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento' não pode ser definida apenas a partir do que a criança sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho da plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.¹¹¹

No âmbito do direito à convivência familiar, é extremamente importante que a criança e o adolescente sejam vistos como pessoas que necessitam de apoio, sejam ouvidos e consideradas suas manifestações. A medida protetiva de acolhimento deve levar em conta que a criança e adolescente são pessoas em desenvolvimento e que a demora, na efetivação de soluções que garantam o direito ao convívio familiar, desrespeita um de seus mais basilares direitos e vai, certamente, afetar seu desenvolvimento. É levar em consideração que a criança e o adolescente necessitam de uma família hoje, não amanhã, quando já será adulta, de modo que a demora na adoção de soluções prejudica seu pleno desenvolvimento.

3.1.2 Proteção integral

O Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, abandonou o modelo assistencialista da situação irregular e adotou a doutrina da

¹¹⁰ COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia [Coord.]. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000, p. 39-40.

¹¹¹ COSTA, A. C. G. op. cit., p. 39-40.

proteção integral, cujas origens, como já anotado, estão em tratados internacionais, notadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1990), mas com intensa participação popular, dos movimentos sociais, em especial, dos movimentos de meninos e meninas de todo País.

O modelo anterior, da situação irregular, causou enormes estragos, especialmente pela ideia de que o “menor” só merecia a proteção do direito à medida que ele se encontrasse em “situação irregular”, ou considerada por alguns como de patologia social.

Com o novo modelo, crianças e adolescentes, independentemente de sua condição econômica, social, intelectual, devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos, que devem ser respeitados, levando-se em conta suas peculiares condições de desenvolvimento.

Além de terem direitos equivalentes aos adultos, ou seja, como qualquer sujeito de direitos, ainda foram contemplados com regras especiais, não para protegê-los quando estiverem em situação de risco, de abandono, mas para lhes assegurar o direito à educação, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre tantos outros. O assistencialismo deve dar lugar a políticas de garantia, uma vez que a criança e o adolescente institucionalizados, de rua, são, antes, crianças e adolescentes vítimas de abandono, de maus tratos, que não tiveram oportunidade de escolarização, de lazer, enfim, não tiveram as mesmas oportunidades de outros.

Emílio Garcia Mendez, ao fazer uma análise da transição paradigmática que representa o novo modelo, conclui:

Este corpo de legislação internacional modifica total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular. Em outras oportunidades já fiz um comentário concreto e específico sobre o fato de que a doutrina da proteção integral incorpora todos os princípios fundamentais do direito à nova legislação para a infância, em forma vinculante para os países signatários. Em outras palavras, esta nova doutrina deslegitima política e sobretudo juridicamente o velho direito de “menores” colocando-o paradoxalmente em situação totalmente irregular. Ainda são enormes os esforços de difusão que devem ser realizados para sua cabal compreensão por parte do mundo jurídico (...).
O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito pleno de direitos constitui o ponto nevrálgico do novo direito.¹¹²

¹¹² MENDEZ, op. cit., p. 32.

Apesar dos inegáveis avanços experimentados nos últimos anos, tanto na legislação infraconstitucional, como no desenvolvimento de políticas e práticas voltadas para os jovens, quando se fala no direito à convivência familiar, notadamente daqueles que se encontram institucionalizados, observamos que os progressos foram tímidos.

O acolhimento institucional continua sendo, em muitos casos, a solução mais prática e mais simples, quando não a única, para a proteção da criança e do adolescente em situação de risco.

Neste sentido, a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP) constatou que

a esperada mudança no fundamento político da garantia desses direitos, com a passagem de um modelo filantrópico ao de políticas públicas, muitas vezes ficou apenas na promessa. Embora as políticas estejam desenhadas, é sabido o quanto não são efetivadas, fazendo com que crianças e adolescentes e suas famílias continuem sendo objeto de consideração de práticas assistencialistas, mantendo-as alijadas do processo de desenvolvimento pessoal e nacional, porque não se lhes propicia o efetivo reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos de políticas públicas.¹¹³

O grande número de crianças e adolescentes que ainda lotam as unidades de acolhimento por todo Brasil é a demonstração inequívoca de que muito há por ser feito para garantir a estas crianças e adolescentes o direito fundamental da convivência familiar.

A proteção integral reserva às unidades de acolhimento o dever de promover a reintegração familiar, buscar meios de manter os vínculos familiares ou com a família extensa, mas também voltar sua atenção para as necessidades individuais de cada um dos acolhidos.

¹¹³ ABMP. **O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**: Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Criança e Adolescentes. Brasília: ABMP, 2008, p. 10.

3.1.3 Prioridade absoluta

Trata-se de princípio previsto no artigo 227, da Constituição Federal, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade, seus direitos fundamentais.

Trata-se de opção legislativa em favor da criança e do adolescente. Não se trata, porém, de qualquer prioridade, mas de *prioridade absoluta*, o que significa que se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras.

Andréa Rodrigues Amin, ao discorrer sobre o significado do princípio da prioridade absoluta, concluiu:

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso, porque, o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no art. 3º da Lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.¹¹⁴

Marcelo de Souza Moura acredita que o critério é justo, porque crianças e adolescentes ainda não alcançaram o desenvolvimento pleno, razão pela qual devem ser protegidos, garantindo-lhes prioridade na efetivação dos direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial humano.¹¹⁵

Os programas de promoção social, de saúde, de educação, de lazer, profissionalização, cultura, liberdade etc. devem ter como norte a prioridade para a criança e o adolescente.

Assim, considerando a importância da família para o desenvolvimento da criança e do adolescente, num programa habitacional, o princípio da prioridade exige do administrador público que dê preferência para a ocupação das moradias para as

¹¹⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia [Coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 22.

¹¹⁵ MOURA, Marcelo de Souza. **O princípio da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes e a dignidade humana dos maiores de 18 anos**. Análise da solução de conflitos de princípios fundamentais sob o enfoque de Robert Alexy. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1193, 7 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9011>>. Acesso em: 21/03/2011.

famílias que tenham crianças com direitos violados, como as acolhidas, notadamente, quando a causa do acolhimento institucional foi a falta de condições de moradia.

A prioridade estabelecida na Constituição Federal vem para assegurar à criança e ao adolescente os seus direitos fundamentais, cabendo tal dever à família, à sociedade e ao Estado, nesta ordem. Trata-se de responsabilidade solidária.

No âmbito do acolhimento e da convivência familiar, a prioridade absoluta deve estar voltada para assegurar à criança e ao adolescente o direito de manter os vínculos com sua família biológica, que se concretiza com as visitas, contatos com os familiares ou pessoas que lhes são próximas, a não ser naquelas situações em que tal contato se mostre fundamentadamente prejudicial.

Nos casos em que ainda seja possível sua reintegração na família de origem, a prioridade consiste na elaboração de um projeto de desacolhimento, com a superação das causas que determinaram a medida protetiva.

Não sendo possível sua reintegração à família biológica ou extensa, a prioridade deve ser a de colocar a criança em condições psicológicas e jurídicas e de lhe proporcionar uma nova família, no menor tempo possível.

Ao Judiciário foi reservado, não mais o papel de tutor da criança acolhida, mas a importante tarefa de interferir na modificação da realidade social da população infantojuvenil, para analisar, inclusive, as opções discricionárias dos demais poderes, contribuindo, desta forma, para o resgate da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

3.1.4 Melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança aparece, pela primeira vez, de forma expressa, no âmbito das convenções internacionais, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959.¹¹⁶

¹¹⁶ Declaração Universal dos Direitos da Criança. “Princípio 2º. A criança gozará de proteção especial; ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”

A. Reis Monteiro, no entanto, esclarece que a ideia de interesse da criança não é tão recente, uma vez que o Código de Napoleão já reconhece que o poder paternal deve ser exercido “principalmente no superior interesse da criança.”¹¹⁷

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 3º, dispõe que todas as decisões envolvendo criança devem atender ao seu maior interesse.¹¹⁸ Foi a partir deste importante documento que o primado do superior interesse da criança passou a ser reconhecido em várias constituições de todo o mundo. Trata-se, portanto, de um princípio geral de direito, acolhido, também, no Brasil, como princípio constitucional (art. 5º, LXXVII, § 2º, da CF) que deve orientar as ações políticas de fortalecimento dos direitos das crianças e adolescentes e para a interpretação das leis. Serve como um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento.

O artigo 227, da Constituição Federal de 1988, estabelece, no âmbito da legislação interna, a prevalência dos direitos da criança e do adolescente. Neste sentido, Luiz Edson Fachin esclarece que deste dispositivo “emerge o princípio do melhor interesse da criança, como objetivo a ser perseguido pela família, pela sociedade e pelo Estado, sendo dever de todos a busca desse melhor interesse.”¹¹⁹

Não se limita, portanto, à interpretação das leis pelos juízes e tribunais, mas deve ser o princípio orientador das políticas públicas, nas ações administrativas e na aplicação de medidas de proteção pela rede de atendimento.

Aplica-se, evidentemente, tanto à criança, quanto ao adolescente, já que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança entende como criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade.”¹²⁰

Não significa, por outro lado, atender aos desejos da criança e do adolescente, permitindo que façam tudo que desejam. O interesse da criança e do adolescente está, vinculado, também, ao estabelecimento de limites, à disposição

¹¹⁷ MONTEIRO, A. Reis. **Direitos da Criança**: Era uma vez....Coimbra: Almedina, 2010, p. 75.

¹¹⁸ Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. “Art. 3º. 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.”

¹¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 179.

¹²⁰ Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. “Art. 1. Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

para receber educação, ao respeito à autoridade dos pais e professores, ao conhecimento de noções de responsabilidade e no respeito às regras sociais. A omissão, a negligência dos pais e responsáveis, neste sentido, evidentemente, contraria o interesse dos filhos. Esse princípio deve ser entendido como norma, como imperativo, para a concretização de todos os direitos assegurados às crianças e adolescentes.¹²¹

Assim, no plano do direito à convivência familiar, por exemplo, as disputas de guarda de filhos, entre os pais, com a família extensa, colocação em família substituta, embora a criança e o adolescente devam ser ouvidos e suas opiniões devidamente consideradas de acordo com o seu grau de maturidade, não serão esses que vão decidir. Não podem ser colocados na posição de juízes de seus próprios destinos, uma vez que são pessoas ainda em fase de desenvolvimento, o que significa que podem não estar suficientemente maduros para compreender o que realmente lhes é mais útil. A decisão deve estar voltada para a solução que melhor atende a seus interesses e não aos adultos, dos seus responsáveis. A solução deve levar em consideração não somente o interesse imediato, mas principalmente o seu futuro.¹²²

O princípio do melhor interesse da criança, em face de seu conteúdo amplo e indeterminado, certamente, nem sempre será fácil de, no caso concreto, desvelar o alcance e em que realmente consiste. Daí a relevância da intervenção multidisciplinar, notadamente de profissionais das áreas de psicologia, assistência social, psiquiatria etc. de modo que a avaliação não se limite ao aspecto meramente jurídico.¹²³

¹²¹ Dispõe o **Código de la Infancia y Adolescencia** da Colômbia: "ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes." Disponível no site: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006.html. Acesso em: 07/04/2011.

¹²² O **Código de la Niñez y Adolescencia** do Equador dispõe: "Art. 12. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás. Disponível em: http://www.oei.es/quipu/ecuador/Cod_ninez.pdf. Acesso em: 07/04/2011.

¹²³ Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo advertem: "Não há receita mágica para identificação do melhor interesse da criança. Podemos apontar aqui como indicativos para tal identificação a opção menos prejudicial ou que cause menos danos à criança ou ao adolescente. Cabe lembrar que as regras, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, constituem apenas o primeiro grau de adensamento dos princípios constitucionais. Cabe notadamente ao Poder Judiciário, por meio de sua atividade jurisdicional, consolidar em sua prática diária, a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente." (PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de

É esclarecedor o pensamento de A. Reis Monteiro:

O interesse superior da criança é um princípio geral que, como todos os princípios, não tem conteúdo determinado. É um princípio metajurídico cuja concreta determinação requer o contributo de outros profissionais e saberes. Tem um conteúdo sempre contextual e variável, sujeito à diversidade de interpretações de vários interessados (as próprias crianças, os pais, outros familiares, profissionais dos serviços sociais, juízes etc.). Contudo, não é um albergue espanhol onde cada um encontra apenas aquilo que leva consigo...¹²⁴

João Batista Costa Saraiva observa que a aplicação ilimitada do princípio pode servir como fundamento de decisões totalmente à margem dos direitos expressamente reconhecidos à criança e ao adolescente, desprezando-se integralmente a sua vontade. Por isso, esclarece que a interpretação deve levar em consideração as demais garantias constitucionais e processuais, sob pena de ressuscitar a velha doutrina da proteção irregular, travestida de nova, sob o argumento do melhor interesse da criança.¹²⁵

No plano da convivência familiar pode ser necessário decidir entre um dos pais, entre um ou outro familiar (avós, tios etc.) ou até mesmo sua colocação em família substituta. A manutenção da criança no seio da família biológica ou sua retirada deve ser pautada pelo prisma do seu melhor interesse. O interesse a ser priorizado, portanto, é o da criança, que pode ser totalmente contrário ao dos seus pais ou demais familiares.

Neste sentido, colhe-se o entendimento de Luiz Edson Fachin:

Trata-se a convivência familiar de direito, que por certo, compõe aquilo que se pode denominar “melhor interesse da criança”, cabendo o exame, no caso concreto, da presença de requisitos necessários a uma convivência saudável na companhia da denominada família natural.¹²⁶

Campos. **Infância e Juventude**: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. Disponível no site: www.justitia.com.br/artigos/wz27d8.pdf.

¹²⁴ MONTEIRO, op. cit., pág. 80.

¹²⁵ SARAIVA, João Batista. **A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança** – O “Cavalo de Troia” do Menorismo. Disponível no site: http://ijj.tj.rs.gov.br/ijj_site/docs/doutrina/condi%C7%C3o+peculiar+de+pessoa+em+des... Acesso em: 22/03/2011.

¹²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185.

É por essa razão que a filiação afetiva tem prevalecido sobre a filiação biológica, porque esta, antes de atender aos interesses dos pais biológicos, se volta para o interesse da criança e do adolescente.

Não significa, outrossim, que a família não deva ser auxiliada, deva ser encaminhada para programas sociais de ajuda, não deva ter o seu tempo (razoável) para se reestruturar, tudo para que a criança possa ser mantida na sua família de origem. Por outro lado, a manutenção dos laços familiares não pode ser tentada a qualquer custo, de modo a prejudicar a própria criança. É comum, na prática, que se tente muitas vezes, não raras vezes por anos, a manutenção dos laços familiares, quando, desde logo, já se poderia perceber (por meio de uma detalhada avaliação psicossocial) a incapacidade e desinteresse (às vezes tácito) dos pais, em exercer o poder parental. O critério a ser considerado é o de que a reintegração familiar ou a sua manutenção deve favorecer a criança e não os adultos, notadamente, quando estes são relapsos, negligentes, não aderem aos programas para os quais são encaminhados. A demora, nestes casos, normalmente, só vem em prejuízo das crianças, que acabam sendo privadas de seus direitos fundamentais, especialmente, de crescerem dentro de uma família.

3.1.5 Convivência familiar

As Nações Unidas têm feito um grande esforço, através dos seus mais variados instrumentos, para reconhecer à criança e ao adolescente os direitos fundamentais, entre os quais, o direito a ter uma família.

As convenções internacionais estabeleceram princípios, diretrizes, que foram incorporados nas Constituições e Leis da maioria dos países.

A Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em Assembleia Geral, em 1989, é, certamente, a Convenção de Direitos Humanos mais ratificada da História. Reconhece que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.”¹²⁷

¹²⁷ Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

Além do preâmbulo, vários outros dispositivos tratam e acentuam a importância da família para o pleno desenvolvimento da criança.¹²⁸

Antes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, promulgada em 20 de novembro de 1959, também já alertava para a importância da criança ser criada e educada no seio de uma família, para seu completo e harmonioso desenvolvimento,¹²⁹ embora não tenha exercido importância alguma no Código de Menores de 1979.

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia), de 29 de maio de 1993, incorporado ao Sistema Legislativo, pelo Decreto Legislativo 63, de 1995 também deixa expresso que “para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão”.

No plano do direito interno, na esteira das convenções internacionais, a Constituição Federal estabelece que a família é a “base da sociedade,” independentemente de seu arranjo,¹³⁰ razão pela qual tem “especial proteção.”¹³¹

Assegura para a criança e ao adolescente, como absoluta prioridade, o direito à convivência familiar,¹³² impondo aos pais o “dever de assistir, criar e educar os filhos menores.”¹³³

Paulo Lôbo explica que a convivência familiar deve ser compreendida como sendo:

a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.¹³⁴

O direito constitucional da criança à convivência familiar não se restringe à família biológica. O princípio constitucional, em momento algum, se limita a garantir

¹²⁸ Convenção dos Direitos da Criança. Art. 7º, 1; Art. 8, 1; Art. 9, 1, 3 e 4; Art. 10; Art. 14, 2; Art. 16, 1; Art. 18; Art. 20; Art. 27, 2; Art. 29, 1, c, entre outros.

¹²⁹ Transcrito na nota 1.

¹³⁰ Constituição Federal. Art. 226, §§ 3º e 4º.

¹³¹ Constituição Federal. Art. 226.

¹³² Constituição Federal. Art. 227.

¹³³ Constituição Federal. Art. 229.

¹³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

o direito da criança de ser criada e educada na sua família biológica, embora esta tenha a preferência¹³⁵.

Como já anotado anteriormente, os modelos familiares contemporâneos, também suscitaram novas formas de convivência entre pais e filhos e estes, com os demais familiares. A família não se limita mais aos pais e seus filhos. Cada vez mais, em razão de novas formas de união, separações, divórcios, filhos fora do casamento, dissolução de uniões estáveis etc., os filhos não habitam com ambos os pais, mas moram com apenas um deles, o que não lhes retira o direito a conviver também com outro genitor. Os avós, os outros irmãos também estão contemplados no princípio constitucional da convivência familiar. É do interesse da criança manter laços de afetividade, de convivência, não só com os pais, mas também com a família extensa. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como sendo família extensa aquela “formada por parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”¹³⁶ A convivência familiar, portanto, não se limita às pessoas com as quais habita e deve ter como norte o princípio do superior interesse da criança.

Embora ninguém ignore a importância da família no desenvolvimento afetivo, intelectual, social da criança e do adolescente,¹³⁷ cuja ausência traz consequências já abordadas, é inegável que haverá sempre situações em que a permanência da criança, no seio de uma família desestruturada, negligente, violenta, não seja possível.

Historicamente, como também já observado anteriormente, a solução para estas situações tem sido o acolhimento institucional como forma de proteção à criança e ao adolescente. Assim, como na legislação anterior, o Estatuto da Criança

¹³⁵ ECA. Art. 19.

¹³⁶ ECA. Art. 25, parágrafo único.

¹³⁷ Pedro N. L. Terceiro esclarece: “É na família que os primeiros códigos são transmitidos, desde a sustentação pela mãe, a configuração do eu pelo terceiro elemento, como o desenvolvimento da linguagem recebida dos pais até ser incorporado no mundo exterior (escola, trabalho, sociabilidade, religião etc.). A família estabelece-se como um lugar de segurança, de proteção, de transmissão de valores, de aquisição da linguagem, da cultura e do saber. Na família se estabelece o primeiro e mais importante vínculo social que prepara a criança para o futuro e o relacionamento com as pessoas. A criança não só precisa de uma família, é direito dela ter uma família. Nisso está a responsabilidade de trazer um ser ao mundo, de forma planejada, organizada e equilibrada.” (TERCEIRO, Pedro N. L. **A Importância da Família no Desenvolvimento da Criança**. Disponível no site: http://francymedia.site90.net/francymedia_areas/francymedia_psicologia/francymedia_textos/psicologia_a_francymedia_importancia_familia.pdf. Acesso em: 11/04/2011).

e do Adolescente continua a permitir o acolhimento institucional, embora, agora, submetido aos princípios da excepcionalidade e brevidade.

A unidade de acolhimento, como também já anotado anteriormente, está longe da realidade de uma família. Não pode ser equiparada à unidade familiar, pelo menos no plano afetivo, notadamente, quando acolhe grande número de crianças, com a constante alteração de seus membros.

Diante disso, é inevitável a conclusão de que o acolhimento institucional viola o princípio constitucional (art. 227, da CF) do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, à medida que a retira de sua família, o que até pode ser absolutamente necessário, em razão da violação de outros direitos, e a coloca numa instituição. A violação a esse direito constitucional tende a ser maior, mais grave e com consequências também mais desastrosas, ao se prolongar por muito tempo, como costuma acontecer no Brasil.

Sob essa realidade, apesar dos avanços legislativos, impulsionados, na maioria das vezes, pelas convenções internacionais, ainda não se conseguiu superar a velha prática da institucionalização de crianças e adolescentes. A institucionalização, embora com novas roupagens jurídicas, como a que se estabeleceu com a Lei 12.01/2009, continua sendo a solução mais fácil para o abandono, violência, negligência e ainda, muitas vezes para a pobreza, a miséria de milhares de crianças e adolescentes brasileiros. É preciso, portanto, urgentemente, encontrar alternativas que possam substituir o superado modelo do acolhimento institucional, de comprovada ineficácia ou, pelo menos, restringir os acolhimentos institucionais a situações realmente excepcionais e provisórias, em unidades pequenas com poucas crianças e adolescentes.

3.1.5.1 Brevidade e excepcionalidade do acolhimento institucional

Posto que muitas práticas tenham-se modificado nas últimas décadas, a legislação tenha sido adequada ao paradigma da proteção integral, infelizmente, ainda resistem ações tutelares, meramente assistenciais, que ainda não perceberam a importância de respeitar e assegurar à criança e ao adolescente o direito de viver e crescer dentro de uma família.

No plano do direito constitucional brasileiro, os princípios da excepcionalidade e brevidade do acolhimento não restaram expressamente

previstos, embora a Constituição Federal de 1988 faça referência a tais princípios, quando trata da internação de adolescentes, pela prática de atos infracionais.¹³⁸

Isso, porém, não significa que tais princípios não tenham também alcançado o *status* de normas constitucionais, notadamente, pela introdução de tais preceitos por via das convenções internacionais.

O artigo 227, da Constituição Federal, ao assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, bem como estabelecer que tal direito deve ser respeitado com absoluta prioridade, não deixa dúvidas de que o acolhimento deve ser excepcional e pelo menor tempo possível.

É necessário repetir que, no plano das convenções internacionais, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 20 de novembro de 1959, no Princípio 6º, consagra o princípio da excepcionalidade do acolhimento institucional que emerge da disposição de que a criança “criar-se-á sempre que possível, aos cuidados e responsabilidade de seus pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias especiais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.”

Os princípios da brevidade e excepcionalidade do acolhimento institucional também emergem do disposto na Convenção Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança dos anos 90, da qual o Brasil é um dos países signatários:

Art. 19. Todos os esforços devem ser feitos para evitar que a criança seja separada de sua família. Quando esse afastamento ocorrer por motivos de força maior ou em função do interesse superior da criança, é necessário que se tomem providências, de modo que ela receba atenção familiar alternativa apropriada, ou seja colocada em alguma instituição, sempre levando em consideração a importância de continuar a criação da criança em seu próprio meio cultural. Os grupos familiares, os parentes e as instituições comunitárias devem receber apoio para poderem suprir as necessidades das crianças órfãs, refugiadas ou abandonadas. Esforços devem ser envidados para evitar a marginalização da criança na sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, deixa claro que “o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não

¹³⁸ Constituição Federal. “Art. 227, § 3º, V – “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito á condição de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.”

sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade.” (art. 101, § 1º).

Humberto Ávila, ao fazer a diferenciação entre regras e princípios, esclarece que os princípios estabelecem uma situação ideal a ser atingida. Para que esse fim (bem jurídico) possa ser alcançado, será necessária a adoção de determinados comportamentos, descritos em regras:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.¹³⁹

César Fiuza, da mesma forma, esclarece que:

Se algo sobressai na moderna hermenêutica jurídica é a importância dos princípios.
Princípio, hoje não se discute, não tem conotação antiga, de fonte subsidiária, ainda presente na Lei de Introdução ao Código Civil. Princípio é norma jurídica, ao lado das regras. Posto que não escritos, têm valor, vigem materialmente e reclamam aplicação.
Princípio é norma geral e fundante, da qual se extraem outras normas e princípios. É norma essencial para a solução dos casos concretos, uma vez que é ela que serve de espeque ao intérprete.¹⁴⁰

Apesar das disposições legais, que definem a medida protetiva como excepcional e provisória, a história e a realidade do acolhimento institucional, no Brasil, demonstram que estes princípios ainda não se transformaram em realidade.

Neste sentido, explica Ávila, os princípios exercem, entre outras, uma função Integrativa, à medida em que agregam elementos não previstos nas regras.¹⁴¹

Infelizmente, ainda é alto o número de crianças e adolescentes vivendo em unidades de acolhimento, muitas vezes por muitos anos, como demonstram os dados do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.

Cuneo explica que ainda não se criou no Brasil uma mentalidade de respeito aos princípios da excepcionalidade e brevidade do acolhimento institucional, nem

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 71.

¹⁴⁰ FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 235.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 97.

mesmo de respeito ao direito à convivência comunitária e manutenção dos vínculos familiares:

A despeito da lei, muitos abrigos adotam o regime de permanência continuada, em que os abrigados permanecem na instituição em tempo integral, como se ali fora o seu local de moradia. O restabelecimento dos vínculos familiares e a integração comunitária, muitas vezes, são ignorados pelas entidades de abrigo, sob as mais diversas e descabidas justificativas. Poucas são as instituições que realizam o conjunto de ações necessárias para o fortalecimento desses vínculos entre a criança e o adolescente abrigado, o seu núcleo familiar e sua comunidade de origem. É condição de respeito ao desenvolvimento a manutenção dos vínculos.¹⁴²

Assim, milhares de crianças e adolescentes permanecem em unidades de acolhimento, aguardando uma solução: o retorno à família biológica, à família extensa ou, quem sabe, a uma família substituta. À medida que o tempo passa, as chances de voltar a ter uma família vão diminuindo. Os mais velhos, raramente, são adotados e as chances de retorno para a família de origem também vão sendo reduzidas, pela deterioração dos vínculos afetivos.

A morosidade dos procedimentos administrativos e judiciais, sem dúvida alguma, é fator determinante para o desrespeito aos princípios da brevidade e excepcionalidade do acolhimento institucional. Fante e Cassab esclarecem:

É evidente que a burocracia não é um processo rápido, pois ela deve procurar evitar equívocos, como por exemplo, colocar criança e adolescente em família substituta num prazo mínimo, sem garantias de um bom ambiente de convivência. Ou, ainda, não se esgotem todas as tentativas para que a criança ou o adolescente permaneça (volte) para a sua família biológica. A demora, no entanto, repetidas vezes, é o período utilizado por esta "burocracia" é esquecido em meio a procedimentos inúteis, dificultando a solução do problema.

Por outro lado, a morosidade que atravessa todo o processo de institucionalização, e que envolve todo percurso (desde a autuação do pedido de providências até a destituição do poder familiar) acarreta um elevado número de crianças e adolescentes 'esquecidos' nas instituições à espera por uma família substituta, ou para retornar à sua família biológica que, independentemente de sua origem, possa assegurar um ambiente afetivo, propício ao seu desenvolvimento pleno, garantindo o caráter de prioridade absoluta prevista para estes sujeitos.¹⁴³

Na prática, é comum o sistema de proteção, notadamente, os conselhos tutelares e varas de infância e juventude, tentarem, por anos, a reintegração familiar.

¹⁴² CUNEO, op. cit., p. 12.

¹⁴³ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. Convivência Familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. **Revista Textos & Contextos**. Porto Alegre v. 6, n. 1, jan/jun. 2007, p. 170-171.

Não se ignora a necessidade de envidar todos os esforços possíveis na busca da reinserção familiar, que deve ser a primeira, dentre as alternativas que se colocam no caso concreto, mas não pode ser a única. A linha mestra que harmoniza e sustenta os princípios constitucionais aplicáveis à criança e ao adolescente é a da proteção integral. Proteção integral é reconhecer que todas as demais disposições legais devem convergir para atender às necessidades da criança e não às dos adultos, muitas vezes omissos, negligentes e violentos. Tentativas inúteis de reintegração familiar; busca por familiares totalmente ausentes, sem qualquer vínculo com a criança e o adolescente acolhidos, a espera por pais presos e condenados por anos; a espera por recuperação da dependência química ou do alcoolismo, especialmente quando se nota que não há adesão aos tratamentos; tentativas de colocação de crianças com avós ou bisavós com idade avançada, sem condições de assistir as crianças; inserção de crianças e adolescentes em família extensa, quando esta não os deseja, mas o faz como um favor, um ato de caridade, são práticas recorrentes que só vêm em prejuízo das crianças e dos adolescentes acolhidos.

Neste sentido, Eduardo Sá adverte:

A vida de uma criança não pode estar dependente de medidas de proteção que, apesar do seu caráter de urgência, prevaleçam para além de seis meses, comprometendo de forma irreparável, todo o seu desenvolvimento subsequente. Por melhores que sejam as instituições a que estão confiadas! Doutro modo, no sentido de promover a justiça, um Tribunal estaria, invariavelmente, a fazer prevalecer os direitos dos progenitores sobre os direitos das crianças, correndo o risco de as confundir como uma propriedade dos pais.¹⁴⁴

Sob o argumento de que se devem esgotar as tentativas de reinserção familiar,¹⁴⁵ muitas crianças acabam sendo abandonadas nas unidades de acolhimento, em completo desrespeito ao princípio do seu melhor interesse.

Este também, é o entendimento de Sávio Bittencourt:

Desta forma, considerando-se que a Constituição Federal, em seu artigo 227, garante, à criança, o direito à convivência familiar e comunitária, uma missão para todos os integrantes da rede de atenção à criança é mantê-la em sua família, seja a sua origem, quando tem as condições de afeto e cuidado para garantir seu desenvolvimento, ou colocá-la em família substituta, através da adoção.

¹⁴⁴ SÁ, Eduardo. **Abandono e Adopção**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 40.

¹⁴⁵ Art. 92, II, do ECA.

Apesar da clareza meridional destes princípios, o preconceito demagógico que paira sobre alguns setores da rede acarreta o abandono criminoso de crianças e adolescentes em abrigos, sob o argumento de que a reintegração familiar é uma obrigação inafastável. Sem opor qualquer embargo ao fato de que, sendo possível e conveniente para a criança, a reintegração deve ser tentada, é imperioso se registrar que uma reintegração desastrada e indevida acarreta mais danos para as crianças do que sua separação da família de origem, quando há possibilidade da adoção por pessoas preparadas para criá-la e amá-la. Já ocorreram até mortes de crianças, quando imperou a demagogia contra o bom-senso.¹⁴⁶

Pior do que o acolhimento institucional, certamente, é manter ou inserir a criança ou o adolescente em uma família que não a deseja, que não a quer, mas muitas vezes pressionada por órgãos de proteção, acaba aceitando. A criança e o adolescente serão, sempre, objetos de favor, sentir-se-ão rejeitados, com inevitáveis consequências de ordem psicológica e social. O sentimento de pertencer, de sentir-se como parte integrante de um grupo social, é uma das necessidades básicas da criança. A família é o primeiro grupo onde se estabelecem os laços afetivos duradouros, seguros, tão importantes para o seu desenvolvimento.

A relação de afeto da criança para com seus pais é um importante elemento para se avaliar a possibilidade ou a pertinência em prosseguir, nas tentativas de reintegração familiar. Cada vez mais, o afeto vem sendo o elemento fundamental para aferição da paternidade. Mais importante que os vínculos biológicos é a relação afetiva existente entre a criança e seus pais.¹⁴⁷

Não raras vezes, observa-se que é cômodo para muitos pais seus filhos permanecerem acolhidos, sendo alimentados, vestidos, escolarizados, enquanto mantêm contatos, muitas vezes esporádicos, mas não assumem responsabilidade alguma. Não realizam qualquer movimento para superar as dificuldades que determinaram o acolhimento institucional, mesmo quando auxiliados. O Estado deve e pode auxiliar. Nada, porém, será eficiente, se não houver demonstração de interesse e atitude dos pais para modificar e superar as causas que resultaram no acolhimento.

¹⁴⁶ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 39.

¹⁴⁷ João Batista Amorim de Vilhena Nunes conclui que “tanto para o pai biológico, como para o pai não biológico, é a convivência, somada à afetividade, que acabará por revelar a paternidade em sua plenitude, e esta será tão plena quanto mais profundo for o afeto que venha a unir pai e filho, com boas doses de amizade, sinceridade e respeito.” (NUNES, João Batista Amorim de. *A Paternidade nos Dias Atuais (Vínculo de Fato, de Direito e de Amor)*. In: ____ [coord.]. **Família e Sucessões: Reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 221).

Para o Sistema de Proteção, da mesma forma, é cômodo, uma vez que ainda persiste a ideia de que a criança acolhida está melhor do que com seus pais, pelas dificuldades materiais ou de outra ordem em que se encontram, de modo que a brevidade do acolhimento institucional passa a ser mera regra de retórica. Essa situação se agrava ainda mais, quando as unidades de acolhimento são mantidas pela comunidade, ou por instituições religiosas, e o Estado não tem qualquer responsabilidade pela sua manutenção. Fica a impressão de que não se trata de problema do Poder Público. São os resquícios do modelo assistencialista, que, por muitas décadas, marcou o atendimento de crianças e adolescentes no Brasil.

A criança, no entanto, que não tem como cobrar seus direitos e raras vezes é ouvida, sem sequer ter acesso às informações, segue sendo a grande vítima. Tem seus direitos fundamentais suprimidos, tem seu destino e sua felicidade ameaçados pela inércia, pela inoperância, pela visão distorcida, que ainda persiste, no tratamento da questão do acolhimento institucional.

Embora o Legislador tenha estabelecido prazos de permanência da criança e do adolescente em instituições de acolhimento,¹⁴⁸ tenha determinado a reavaliação judicial do acolhimento a cada seis meses,¹⁴⁹ tenha fixado prazo para a conclusão do processo de destituição ou suspensão do poder familiar,¹⁵⁰ o que era absolutamente necessário, ainda não foi suficiente para a modificação da realidade.

Dessa forma, é imperioso registrar o descompasso existente entre a legislação e a importância que é atribuída ao princípio da convivência familiar e à prática, principalmente por parte do Estado, que é o responsável para criar as condições para o efetivo cumprimento deste direito fundamental da criança. É muito simples comprovar a negligência, a omissão, o despreparo, a falta de condições dos genitores para o exercício do poder familiar, mas é bem mais complexo responsabilizar o Estado e seus agentes pela omissão e pela inércia.

¹⁴⁸ ECA. “Art. 19, § 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.”

¹⁴⁹ ECA. Art. 19, § 1º.

¹⁵⁰ ECA. Art. 163.

3.1.5.2 Autoridade parental

O acolhimento institucional e a conseqüente violação do direito fundamental da convivência familiar estão intimamente ligados ao descumprimento dos deveres decorrentes da autoridade parental ou do poder familiar.

Não poderia deixar, portanto, de abordar a temática, especialmente na perspectiva do seu descumprimento, pelos pais, bem como pela necessária resposta do Estado para que a criança e o adolescente tenham, na maior brevidade possível, restabelecidos seus direitos fundamentais.

Este trabalho não ficará restrito, no entanto, às discussões doutrinárias acerca da terminologia, de sua natureza jurídica e de seu conteúdo, limitando-se, à análise das circunstâncias que interferem e determinam o descumprimento do direito fundamental da criança e do adolescente de terem uma família.

Apesar das divergências doutrinárias¹⁵¹ quanto à terminologia¹⁵² do instituto do poder familiar, o fato é que se vive num tempo, em especial, depois da Constituição federal de 1988, em que a autoridade parental deve ser exercida em benefício e no interesse dos filhos, abandonando-se, definitivamente, o envelhecido conceito do sistema patriarcal.¹⁵³

¹⁵¹ Paulo Lôbo esclarece que “as legislações estrangeiras mais recentes optaram por ‘autoridade parental’. A noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro. A França a utilizou desde a lei de 4 de junho de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família, ampliadas pela lei de 4 de março de 2002, que reformou o regime da autoridade parental, principalmente na perspectiva do melhor interesse do filho. O Direito de família americano tende a preferi-lo, como anota Harry Krause. Com efeito, parece-nos que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. ‘Parental’ destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. A discussão terminológica é oportuna, pois expressa a mudança radical operada no instituto. A expressão poder familiar adotada pelo legislador deve ser recebida com tal dimensão.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo, 2010, p. 292-293).

¹⁵² Luiz Edson Fachin, da mesma forma, esclarece que “a terminação formal, por força da nova regra constitucional de 1988, do desenho patriarcal da família retira legitimidade não apenas da expressão ‘pátrio poder’, mas, de certo modo, também do ‘pátrio dever’, embora esta bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ia, um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra e não discriminatória.” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 245-246).

¹⁵³ Boaventura de Souza Santos observa: “No espaço doméstico, a contradição e a competição ocorrem entre o paradigma da família patriarcal e o paradigma das comunidades domésticas cooperativas. O paradigma emergente inclui todas as formas alternativas de sociabilidade doméstica e de sexualidade, baseadas no estereótipo dos papéis de cada sexo, na autoridade partilhada (quer

A lição de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz é sempre oportuna:

Mas também é certo que os princípios da Constituição não permitem que as relações entre pais e filhos sejam modeladas de forma fortemente hierarquizada (o que corresponde à concepção tradicional – e patriarcal – de comunhão familiar) porque isto seria incompatível com o princípio da igualdade das pessoas no interior da família (que se estrutura em base igualitária e está dominada por ideias de solidariedade e de predominância dos laços afetivos), o que acentua a correspectividade de deveres de pais e filhos (art. 229). O postulado de base do direito de filiação – que regula as relações entre pais e filhos menores – é o primado absoluto do interesse do filho.¹⁵⁴

Nessa mesma linha, Paulo Lôbo argumenta que o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que devem ser exercidos no interesse dos filhos e que vão se reduzindo gradativamente à medida que vão desenvolvendo suas próprias capacidades.

No plano Constitucional, o art. 226, § 5º, estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”¹⁵⁵

Os pais, no exercício do poder familiar, têm uma série de encargos previstos na Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal prescreve:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O Código Civil, por sua vez, também enumera uma série de deveres dos pais, no exercício do poder familiar:

nas relações entre os sexos, quer entre gerações) e na democratização do direito doméstico (conflitos cooperativos, prestação mútua de cuidados, vida partilhada). O novo senso comum emancipatório do espaço doméstico baseia-se numa tópica retórica orientada pelos topoi da democracia, da cooperação e da comunidade afectivas e, ainda, pelo menos na fase preliminar da transição paradigmática, pelos topos da libertação da mulher.” (SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. 7ª ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2009, p. 336).

¹⁵⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 39.

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
 I – dirigir-lhes a criação e educação;
 II – tê-los em sua companhia e guarda;
 III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (Art. 22).

Eduardo Sá¹⁵⁶ afirma que o poder familiar ou poder paternal, como é denominado em Portugal,¹⁵⁷ não pode ser confundido como sendo uma espécie de “título de propriedade”. Infelizmente, há genitores que “não se revelam competentes para serem pais”. O exercício da paternidade se revela não só pelos poderes dos pais sobre os filhos, mas principalmente de deveres, de encargos.

O descumprimento dos deveres dos pais em relação aos filhos pode conduzir, como consequência jurídica, a suspensão ou perda do poder familiar.¹⁵⁸ A suspensão, prevista no artigo 394 do Código Civil, nos casos de abuso ou falta do cumprimento dos deveres do poder familiar,¹⁵⁹ arruinar os bens dos filhos ou condenação criminal por mais de dois anos de prisão, é medida temporária, de

¹⁵⁶ SÁ, Eduardo. **Abandono e Adopção**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 19-22.

¹⁵⁷ Art. 1877 e seguintes do Código Civil Português. O autor também critica a terminologia da legislação portuguesa por entendê-la inadequada. Acredita que o melhor seria autoridade parental, em vez de autoridade paternal. (SÁ, op. cit., p. 19-20).

¹⁵⁸ “Há lugares, efetivamente, que o direito não alcança. O autoritarismo, a indiferença, o desprezo, a rispidez, sem que constituam ato ilícito, podem tornar-se componentes de uma relação patológica de resultados imprevisíveis. Mesmo com esta consciência, os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança nortearam o legislador para criar, no ECA, mecanismos com vistas a coibir, até onde for possível, o abuso de direito praticado no exercício da autoridade parental.” (SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126-127).

¹⁵⁹ “Não é possível definir com precisão a margem de discricionariedade outorgada aos pais, no exercício da autoridade parental, mesmo porque se houvesse tal definição não se trataria mais de discricionariedade. E é nessa órbita que o abuso de direito encontra terreno propício para sua manifestação, especialmente, por ser o tipo de relação jurídica em que a sujeição de uma das partes em relação à outra é notória. (SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120).

modo que deve ser restabelecido, tão logo superadas as causas que determinaram a suspensão. Não sendo possível a superação, a medida adequada é a destituição do poder familiar.

A destituição do poder familiar, por sua vez, é medida bem mais grave e definitiva, possibilitando a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, na modalidade de adoção.

Dispõe o artigo 1.638, do Novo Código Civil:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:
I – castigar imoderadamente o filho.
II – deixar o filho em abandono.
III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.
IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Marcos Alves da Silva, analisando os dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente concluiu que os dispositivos enumerados não são exaustivos,¹⁶⁰ admitindo-se outras situações em que é possível a destituição da autoridade parental.

É certo, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente ampliou ou flexibilizou este rol de fatos jurídicos (*lato sensu*) que podem dar causa à destituição da autoridade parental. É explícito, neste sentido, o art. 24 do ECA ao dispor que a perda e a suspensão do “pátrio poder” serão decretadas, tanto nos casos previstos “na legislação civil”, como “nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações” declinadas no art. 22 daquele Estatuto. Impõe-se a conclusão de que as faltas dos pais, no dever de sustento, guarda e educação dos filhos, ou no cumprimento das obrigações oriundas de determinações judiciais, podem dar ocasião tanto à suspensão da autoridade parental como à sua destituição, dependendo da gravidade ou das circunstâncias do caso, ao arbítrio do juiz, sempre informado pelo melhor interesse da criança ou do adolescente.¹⁶¹

¹⁶⁰ No mesmo sentido é o entendimento de Jones Figueirêdo Alves: “A falta aos deveres inerentes ao poder familiar, em espaço jurígeno do reportado art. 1637, como bem expressou Paulo Luiz Netto Lobo, são situações subjetivas que refletem circunstâncias caracterizadoras do abuso de direito, permitindo-se, entretanto, outras, no mesmo dispositivo, essencialmente vinculadas à magnitude das atribuições-funções do poder familiar, tudo a conduzir à inarredável conclusão de que causas não decorrentes do abuso de autoridade, poderão também contemplar a incidência do inciso IV, do art. 1.638, para efeito de perda do poder familiar ante a reiteração omissiva dos deveres parentais.” (ALVES, Jones Figueirêdo. *Abuso de Direito no Direito de Família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 494).

¹⁶¹ SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 169.

Comprovada qualquer das situações de violação dos direitos da criança, “por falta, omissão ou abuso dos pais,”¹⁶² esgotadas as possibilidades de reverter a situação na família biológica e sendo recomendável a colocação da criança em outra família, promove-se a destituição do poder familiar.

Moacir Guimarães diz que, embora a manutenção na família de origem ou a sua reintegração deva ser sempre a primeira dentre as alternativas, desde que se revele possível e seja do interesse da criança, a solução definitiva da destituição, quando se revele necessária, não pode ser procrastinada, sob pena de evidentes prejuízos para a criança e o adolescente.

1. Comprovado o estado de abandono em que se encontravam os infantes, bem como os atos contrários à moral e aos bons costumes praticados pela apelante na presença das menores, a destituição do pátrio poder é imperativo legal. 2. – A inserção da criança e do adolescente institucionalizado, no seio de sua família natural, preservando-se os laços familiares, é alvo primário e prioritário a ser atingido pela Justiça da Infância e da Juventude. Revelando-se, todavia, a toda evidência, a incapacidade dos genitores de exercerem os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, não se pode retardar a solução drástica consistente na cassação ou suspensão desse pátrio poder, sob pena de, ao procurar-se proteger os direitos dos pais, causar dano irremediável à criança ou adolescente ao retardar-lhe indevidamente o gozo do direito de ser criado e educado em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, segundo a correta dicção do art. 19, do ECA.¹⁶³

Infelizmente, é preciso reconhecer que há pais que não desejam exercer a paternidade ou maternidade. Por outro lado, embora não exerçam suas funções parentais e não demonstrem desejo fazê-lo com responsabilidade, também não concordam que seus filhos sejam colocados em outras famílias. Preferem que continuem acolhidas e até mesmo que a decisão seja tomada pelo juiz, porque, talvez assim, sintam-se menos culpados pela situação de abandono em que deixaram seus filhos. Outros, lamentavelmente, não reúnem condições psicológicas, afetivas, sociais, para o exercício do poder familiar.

Por outro lado, a pobreza, a condição de miserabilidade, não pode ser invocada como fundamento para a destituição do poder familiar,¹⁶⁴ como no passado, a não ser que acompanhada de outras situações que coloquem a criança

¹⁶² ECA. Art. 92, II.

¹⁶³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Rec. Apel. 209-1/99/TJPR. Relator: Des. Moacir Guimarães. **Revista Igualdade**, Curitiba: Ministério Público do Paraná, Ou/dez.1999, p. 156.

¹⁶⁴ ECA. Art. 23.

em situação de permanente risco, como por exemplo, a violência física, a falta de cuidados, de higiene, de afeto, o uso de entorpecentes etc. A regra se destina a assegurar aos pais pobres, mas diligentes, cuidadosos, afetivos, o direito de assistirem seus filhos. Nestas circunstâncias, compete ao Estado auxiliar na promoção familiar, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais das crianças, colocando-as “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.”¹⁶⁵

O acolhimento institucional, como já anotado, é medida excepcional e provisória, como forma de transição para a família biológica ou substituta.¹⁶⁶ O que não se pode mais admitir é essa situação de indefinição, ou seja, não se promova rapidamente a reintegração familiar, não se busque a superação das causas do acolhimento e nem se proponha a ação de destituição do poder familiar, privando a criança de um direito fundamental.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da nova redação que lhe foi dada pela Lei 12.010/09, em seu artigo 101, § 9º, exige do Ministério Público uma atuação efetiva, no sentido de propor a ação de destituição do poder familiar, no prazo de trinta dias,¹⁶⁷ requisito indispensável para que a criança ou adolescente, cuja reintegração familiar nuclear se torne impossível, sejam colocados em família substituta, na modalidade de adoção.¹⁶⁸ Dispõe o referido artigo:

Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio ou promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição da tutela ou da guarda.

Não se está aqui a sustentar a destituição de pais diligentes, amorosos e afetivos, mas que estes, que demonstram ter condições morais, psicológicas, ainda que passando por dificuldades materiais ou de outra ordem, porém superáveis, temporárias, sejam incluídos em programas de auxílio e de orientação (art. 129, do

¹⁶⁵ Constituição Federal. Art. 227.

¹⁶⁶ ECA. Art. 101, § 1º: “O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

¹⁶⁷ ECA. Art. 101, § 10º.

¹⁶⁸ ECA. Art. 45.

ECA). Constatada a relutância, a negligência e a incapacidade para assistir os filhos de forma digna, não se pode aguardar, passivamente, muitas vezes por meses ou anos, a boa vontade de genitores relapsos e negligentes.

De outra parte, embora a legislação brasileira silencie, tem-se admitido, na doutrina¹⁶⁹ e na jurisprudência,¹⁷⁰ o restabelecimento do poder familiar, quando perdido por decisão judicial. Obviamente, essa situação só será possível, nos casos em que os genitores tenham superado as causas determinantes da destituição. Mesmo assim, como esclarece José Luiz Mônaco da Silva, a medida só poderá ser acolhida, se for do interesse da criança ou adolescente sua reinserção na família biológica e que não tenha sido colocada em outra família, principalmente, na modalidade de adoção, caso em que haveria impedimento legal, uma vez que a adoção desliga a criança de “qualquer vínculo com seus pais e parentes.”¹⁷¹

3.2 O PAPEL DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO

A efetivação do direito fundamental da convivência familiar da criança e do adolescente passa, necessariamente, pela responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, como se extrai do disposto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e art. 4º, do ECA.

A família é a primeira responsável para assegurar à criança e ao adolescente prioridade, no atendimento de suas necessidades. É no funcionamento do sistema familiar que é preciso detectar as causas que levaram ao descumprimento do direito da convivência familiar. De início, cabe, casuisticamente, descobrir na família, independente do modelo, quais são as dificuldades que

¹⁶⁹ SILVA, José Luiz Mônaco da. **Ação de Restituição do Pátrio Poder**. Disponível no site: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos/A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Restitui%C3%A7%C3%A3o%20do%20P%C3%A1trio%20Poder.doc. Acesso em: 21/04/2011.

¹⁷⁰ “Menor - Pedido de Restituição do Pátrio Poder - Menor que voltou a viver em companhia do genitor, destituído por ocasião do pedido de tutela - Possibilidade jurídica do pedido - distinção entre perda e extinção do pátrio poder - Recurso Provido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 48.030.0/8-0, de Campos do Jordão. Relator: Des. Oetterer Guedes. Voto nº 17.85. Disponível no site: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_4_10_2.php2. Acesso em: 21/04/2011.

¹⁷¹ ECA. “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

levaram ao acolhimento ou afastamento da criança ou adolescente e o que deve ser feito para superá-las.

A família, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente é “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”¹⁷² O conceito, no entanto, é insuficiente para compreender os complexos laços que unem as pessoas e que devem ser motivados a assegurar às crianças e aos adolescentes os seus direitos. Neste sentido, o próprio legislador ampliou o conceito, incluindo a família extensa, definindo-a como sendo aquela “formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”¹⁷³

Como se observa do texto legal, a família contemporânea está edificada no afeto, não mais nos laços biológicos, no vínculo matrimonial,¹⁷⁴ como no passado. É a qualidade do vínculo afetivo que permite aferir a existência ou não de uma entidade que possa ser denominada família.¹⁷⁵

Neste sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk esclarece que:

O afeto como origem e cimento da convivência familiar não é dado atemporal – como, aliás, todo fenômeno social, ainda que, historicamente, possa se apresentar como elemento de longa duração -, o que, como resta evidente, não retira sua marcante relevância como elemento estrutural da noção contemporânea acerca da família. Esta se apresenta, por certo, como um núcleo de coexistencialidade fundado no afeto, ou no amor familiar. Observe-se que, mesmo em uma relação filiação, em que o parentesco se apresente como dado, se não houver relação de afetividade que vincule pais e filhos, não haverá, provavelmente, uma entidade familiar. É o que pode ocorrer, por exemplo, em casos de reconhecimento forçado de paternidade, em que o vínculo biológico enseja a formação de uma relação jurídica e os deveres a ela inerentes, sem, contudo, implicar, *ipso facto*, a

¹⁷² ECA. Art. 25.

¹⁷³ ECA. Art. 25, parágrafo único.

¹⁷⁴ “A tutela legal não recaía sobre a família e seus membros individualmente, mas sim, sobre o vínculo do matrimônio tido até o advento da lei divorcista como inquebrável. Também, para tutelar o matrimônio e, conseqüentemente, a paz doméstica no seio das famílias, a verdade sobre a paternidade biológica cedia lugar à presunção da paternidade do marido, tudo no sentido de ser mantido o ideal de família consagrado pela burguesia brasileira e pelos setores agrários do Brasil do começo do século.” (GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade Jurídica de Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 30).

¹⁷⁵ “As relações de consanguinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar, constituintes do estado de filiação, que deve prevalecer quando houver conflito com o dado biológico, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem outra orientação, não devendo ser confundido o direito àquele estado com o direito à origem genética.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30).

constituição de uma entidade familiar entre o filho demandante e o pai demandado.¹⁷⁶

A família tem a proteção do Estado porque é instrumento de realização pessoal para os seus componentes.¹⁷⁷ Tem, portanto, a finalidade de promover a dignidade e a felicidade de seus membros,¹⁷⁸ não sendo relevante a forma como é constituída.

A inexistência de familiares, sua não localização ou a constatação de incompatibilidades insuperáveis, como acontece em algumas situações (violência sexual ou física, dependência de drogas etc.), é necessária a busca de outras soluções, fora da família nuclear ou extensa, sempre tendo como norte a mais breve reintegração familiar.

O acolhimento institucional, quando realmente necessário, deve acontecer em local próximo à residência dos pais, com o objetivo de facilitar o acesso, a manutenção dos vínculos, quando recomendado, bem como a aplicação de medidas de auxílio para promoção da família.

Além da manutenção e do fortalecimento dos vínculos familiares, é preciso buscar formas de superação, para que a família possa cumprir o seu papel de assistir os filhos.¹⁷⁹

Silva e Aquino esclarecem:

Além do fortalecimento e da manutenção dos vínculos afetivos entre os abrigados e seus familiares, outro aspecto se mostra importante para a garantia do direito à convivência familiar das crianças e dos adolescentes em abrigos: a busca da reestruturação de suas famílias. Assim, superadas as dificuldades que determinaram o afastamento, pais, mães e responsáveis poderão desenvolver as condições para receber seus filhos de volta. A reestruturação familiar envolve aspectos complexos, relacionados à superação de fatores difíceis de resolver no curto prazo, como o

¹⁷⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro, 2005, p. 8-9.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326-327.

¹⁷⁸ “A primeira referência à concepção eudemonista de família no Direito Brasileiro se deve, provavelmente, a Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, ao citarem o artigo de André Michel, em que este afirma que na contemporaneidade a pessoa deixa de se pensar como algo que existe para o seu desenvolvimento pessoal. Trata-se de reconhecer a superação do sentido transpessoal da família, para dar lugar a uma dimensão coexistencial em que a família se tornou o lugar da busca pela felicidade.

Nas palavras de André Michel, ‘o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal.’” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 326.

¹⁷⁹ ECA. Art. 101, § 7º.

desemprego e a dependência de drogas, por exemplo, que demandam muito mais em termos de coordenação de outras políticas públicas do que um esforço isolado das próprias instituições de abrigo. No entanto, essas entidades podem realizar ações de valorização da família, bem como estabelecer a inserção dos familiares na rede de proteção social disponível e nas demais políticas públicas existentes.¹⁸⁰

Para Fante e Latif,¹⁸¹ a falta de condições econômicas, normalmente, é indicada como fator do elevado número de crianças e adolescentes acolhidos. Sem dúvida alguma, a precária situação econômica de muitas famílias tem sido fator determinante para o elevado número de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, no Brasil. O artigo 23, do ECA, estabelece que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar”. Ocorre, porém, que a pobreza, a miséria, muitas vezes, vem acompanhada de outros fatores de desestruturação familiar, como esclarecem:

É evidente que o conjunto de políticas sociais implementadas não garante ao indivíduo a alternativa da conquista a um patamar de emancipação, de exercer dignamente sua função de provedor, no entanto, a ausência e a inoperância de tais políticas estigmatizam as famílias com a pseudoideia de negligenciadora, uma vez que há falha na garantia dos direitos básicos de seus filhos.¹⁸²

O papel da família é de assegurar à criança e ao adolescente um ambiente adequado para o seu pleno desenvolvimento. Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma série de deveres aos pais, como aqueles previstos no artigo 22, que lhes incumbe “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” ou do artigo 4º, no qual reza que os pais devem assegurar “a efetivação dos direitos referentes 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.”

¹⁸⁰ SILVA, Enid Rocha Andrade da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os Abrigos para Crianças e Adolescentes e o Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível no site: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_11/ENSAIO3_Enid.pdf. Acesso em: 25/04/2011.

¹⁸¹ FANTE, Ana Paula; LATIF, Antonia Cassab. Convivência Familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. **Revista Textos e Contextos**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007, p. 159-160.

¹⁸² FANTE, A. P.; LATIF, A. C., op. cit., p. 161.

O descumprimento de tais deveres pode levar a sanções como as previstas no Código Penal (artigos 136, 244, 246 e 247) que tratam dos crimes de maus-tratos, abandono material, intelectual e moral ou do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que, no artigo 249, estabelece multa para aquele que “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar”, sem falar da possibilidade de suspensão e destituição do poder familiar.

A aplicação de multa tem-se revelado totalmente inviável diante da realidade das crianças e adolescentes acolhidas, normalmente provenientes de classes sociais economicamente desfavorecidas, o que só agravaria a já combalida situação financeira, prejudicando ainda mais, de modo indireto, as próprias crianças e adolescentes.

Raras são as condenações criminais por abandono material e moral de crianças e adolescentes. Não tem sido comum processar criminalmente os genitores que abandonam seus filhos.

Certamente, a solução mais adotada é o afastamento da criança da família, a colocação com outros parentes, o acolhimento e a conseqüente destituição do poder parental, quando a família não cumpre o seu papel ou seus deveres. O acolhimento, porém, não pode ser a solução definitiva, mas sempre excepcional e provisória.

A família, independente de sua forma ou constituição, portanto, deve ter condições sociais, materiais e afetivas para proporcionar à criança e ao adolescente seu pleno desenvolvimento.

É na família que a criança forma os primeiros laços de afetividade, de sociabilidade, aprende os primeiros valores, de modo que deve ser um local de segurança, de cuidados, de proteção, cercado de afeto e de compreensão. Determinadas coisas na vida, como diz Eduardo Sá, não são possíveis de serem ensinadas, o que não significa que não possam ser aprendidas. “Não é possível ensinar uma pessoa a amar: há experiências que não se ensinam, embora se possam aprender.”¹⁸³ É no aconchego da família, de um lar, não importa como está formalizada, que a criança encontra as condições indispensáveis para o seu desenvolvimento. “Para as crianças, uma mãe boa não é rica ou pobre, mas aquela

¹⁸³ SÁ, op. cit. p. 176.

que percebe como, para um filho, quem tem uma mãe tem tudo, quem não tem mãe não tem nada.”¹⁸⁴

Na reintegração familiar, não se deve sacralizar os laços biológicos, especialmente quando a criança não mantém com os parentes laços afetivos importantes, como recomenda o próprio Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

É importante destacar que a reintegração com familiares com os quais a criança e o adolescente não possuem vínculo afetivo deve ser cuidadosamente avaliada, não devendo ser conduzida meramente com base em “uma supervalorização dos laços consanguíneos”. Nestes casos, deve-se avaliar a possibilidade de construção de vinculações significativas e de aceitação mútua de convívio, para se decidir quanto a melhor alternativa a ser recomendada à autoridade judiciária: reintegração com a família extensa, colocação com pessoa significativa da comunidade ou adoção.¹⁸⁵

Observada a ordem de responsáveis para assegurar à criança e ao adolescente a efetivação de seus direitos, a família aparece em primeiro lugar (art. 227, da Constituição Federal). Por isso, antes da aplicação de sanções criminais ou administrativas, o legislador propôs medidas de proteção e de auxílio aos pais e responsáveis,¹⁸⁶ que podem ser cumuladas,¹⁸⁷ inclusive com as previstas no artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sociedade, por sua vez, também tem enorme responsabilidade, promovendo sua inclusão social, denunciando violações aos direitos da criança e do adolescente aos órgãos competentes, cobrando a efetivação de seus direitos.

Ninguém pode mais permanecer omissa, passiva, diante de crianças e adolescentes nas ruas, no uso de entorpecentes, na mendicância, fora do sistema

¹⁸⁴ SÁ, op. cit. p. 175.

¹⁸⁵ BRASIL. **Orientações Técnicas:** Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. 2ª ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009, p. 41.

¹⁸⁶ ECA. “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;
- VII- advertência;
- VIII- perda da guarda;
- IX- destituição da tutela;
- X- suspensão ou destituição do poder familiar.”

¹⁸⁷ ECA. Art. 99.

de ensino, acolhidas por muito tempo etc. É dever de todos prevenir a ocorrência de qualquer violação dos direitos da criança e do adolescente.¹⁸⁸

As unidades de acolhimento, ainda que não tenham vinculação com o poder público, pela nova sistemática introduzida pela lei 12.010, de 2009, têm um papel fundamental na rápida reintegração familiar de crianças e adolescentes acolhidos. Tão logo ocorra o acolhimento, devem elaborar o plano individual de atendimento, visando a reintegração familiar e, quando esta se mostre possível, o fato deve ser levado, imediatamente, à autoridade judiciária, para as providências necessárias.¹⁸⁹

A sociedade, também, tem importante papel na articulação e formulação de políticas de atendimento à criança e ao adolescente, ao participar dos conselhos municipais, estaduais e federal de Direitos da Criança e do Adolescente, cujas decisões vinculam a administração pública.¹⁹⁰

Por fim, a responsabilidade é também do Poder Público, em especial, na promoção de políticas públicas voltadas para a população infantojuvenil. Assim, a implementação de políticas públicas voltadas para a infância e juventude (como de saúde, lazer, educação, profissionalização, direito à convivência familiar etc.) devem começar nas leis orçamentárias municipais, estaduais e federais, que devem contemplar recursos privilegiados e prioritários para tal finalidade.

Infelizmente, muitas famílias se encontram em condições materiais desfavoráveis, de vulnerabilidade, em razão de fatores como doenças e não conseguem desempenhar suas funções, razão pela qual necessitam de auxílio. Daí, a necessidade da elaboração de um projeto de auxílio para a família, que deverá contemplar as dificuldades e potencialidades a fim de que se possa acionar a rede

¹⁸⁸ ECA. Art. 70.

¹⁸⁹ ECA. Art. 101, § 4º e § 8º.

¹⁹⁰ Já decidiu o STJ: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 493811/SP. RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 15/03/2004 p. 236, RDDP, vol. 14, p. 120. Disponível no site: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198762/recurso-especial-resp-493811-sp-2002-0169619-5-stj>. Acesso em: 10/05/2011).

de serviços comunitários e públicos para a superação, com absoluta prioridade, preferencialmente, em caráter definitivo.

É preciso considerar que, no âmbito do Poder Público, a prioridade não é só do Poder Executivo, mas também de outras esferas de Poder.

O Poder Judiciário, depois de mais de vinte anos da Constituição Federal, lentamente, por meio de algumas ações do Conselho Nacional de Justiça, ainda tímidas, vem despertando para a necessidade de dar atenção privilegiada às questões envolvendo crianças e adolescentes.

Os orçamentos do Poder Judiciário, com raras exceções, ainda não contemplam recursos para estruturação das varas de infância e juventude, normalmente sem equipes técnicas interdisciplinares, que inexistem na maioria das comarcas do Brasil, indispensáveis para o rápido e seguro encaminhamento dos procedimentos, como já anotado anteriormente.

Por outro lado, felizmente, as decisões dos tribunais brasileiros passaram a reconhecer o princípio da prioridade absoluta em favor das crianças e dos adolescentes, afastando argumentos normalmente utilizados pela administração pública para o descumprimento de direitos da criança e do adolescente, como a falta de recursos, ausência de previsão orçamentária, discricionariedade da administração, na aplicação dos recursos públicos, ingerência de Poder Judiciário no Poder Executivo, entre tantos outros.¹⁹¹

É oportuno destacar parte do acórdão de lavra do Min. Herman Benjamin, em julgamento que visava assegurar o direito de crianças até seis anos à pré-escola.

No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua

¹⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 597097906 – RS - 7ª C. Cív. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves – J. 22.04.1998. Disponível no site: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=AC+597097906&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=Relator%3AS%25C3%25A9rgio%2520Fernando%2520de%2520Vasconcellos%2520Chaves&as_q=. Acesso em: 20/05/2011.

possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica.¹⁹²

Conclui-se, portanto, que a consolidação do direito à convivência familiar é atribuição de todos, ressaltando-se a importância de criação, especialmente, no âmbito dos municípios, atendendo à diretriz estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 88, I), de programas como de renda, de saúde, de profissionalização, de habitação, de orientação, de tratamento para a drogadição e alcoolismo, que permitam que as dificuldades e problemas que ponham em risco a convivência familiar possam ser superados, preferencialmente, na própria família de origem.

Não cabe à sociedade e ao Estado substituir o papel da família, na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, mais sim, por meio de ações articuladas, previamente definidas, promovê-la, de modo que possa exercer, dentro de sua esfera de autonomia, da melhor maneira possível, todos os direitos reservados à criança e ao adolescente.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 440502 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0069996-6, 2ª Turma, julg. 15/12/2009. Publ. no DJe 24/09/2010; **LEXSTJ** vol. 255, p. 90. Disponível no site: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=440502&b=ACOR. Acesso em: 10/06/2011.

4 A EFETIVIDADE DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

4.1 ALTERNATIVAS

Inegável, como já apontado anteriormente, que, nos últimos anos, a legislação internacional e nacional ampliou significativamente os direitos das crianças e adolescentes, tornando-a mais democrática, ao reduzir drasticamente os graus de discricionariedade, constituindo-se em verdadeiro instrumento de construção de uma nova ordem, no atendimento à criança e ao adolescente.

Na esteira do pensamento de Norberto Bobbio, assim como os direitos do homem, os direitos da criança e do adolescente (que são direitos humanos ampliados, em razão de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento), o problema atual não está na multiplicidade ou na diversidade destes direitos, mas na sua efetividade. Existe, ainda, uma enorme lacuna entre os princípios legais e a realidade prática.

Assim, sustenta Bobbio:

Num discurso geral sobre direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).¹⁹³

O reconhecimento, pela legislação, do direito da criança e do adolescente de viverem em ambiente familiar, bem como de que eventual acolhimento deve ser excepcional, provisório, pelo menor tempo possível, exige a implantação de programas que possam, de alguma forma, contribuir para, inicialmente, se possível, evitar o acolhimento ou, quando este se mostre absolutamente necessário, minorar as consequências do abandono ou da institucionalização, principalmente quando prolongada.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67.

Apesar dos avanços sociais alcançados nos últimos anos, impulsionados pelo desenvolvimento econômico, crescimento do mercado formal de trabalho, ampliação de investimentos em políticas públicas, especialmente nas áreas de educação, saúde, renda familiar, o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁹⁴ mostra que 22,6% das famílias brasileiras ainda vivem com renda *per capita* de até meio salário mínimo, ou seja, estão na condição de miserabilidade. O mesmo estudo concluiu que 44,7% das crianças brasileiras com até 17 anos de idade viviam, em 2008, em situação de pobreza, com uma renda familiar *per capita* de até meio salário mínimo. Na região nordeste, o nível de pobreza da infância e adolescência é ainda mais grave, atingindo 66,7% desta população.

A maior parte das crianças privadas do convívio familiar advém desta parcela significativa da população brasileira, que como já suficientemente analisado, aliado a outras causas (violência, negligência, maus tratos, desestruturação familiar, baixa escolaridade dos pais, desemprego e subemprego, drogadição etc.) impõem enormes dificuldades de reabilitação e de reestruturação.

Diante desse quadro, pensar em direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, passa, necessariamente, pela estruturação e implantação de políticas públicas voltadas para a família. A busca de alternativas que garantam a efetividade desse direito fundamental da criança será o objetivo deste capítulo.

4.1.1 Programas de prevenção ao abandono

O artigo 227, da Constituição Federal, ao introduzir, no Brasil, um novo paradigma de garantias de direitos a crianças e adolescentes, com o acolhimento da doutrina da proteção integral, impôs a todos (família, sociedade e Estado) a responsabilidade não só de atuar nas consequências do descumprimento dos direitos infantojuvenis (crianças e adolescentes em situação irregular), mas principalmente de preveni-los e de promovê-los (proteção integral).

¹⁹⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. Extraído do site: www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1... Acesso em: 05/05/2011.

João Batista Costa Saraiva¹⁹⁵ esclarece que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi organizado em três eixos, chamados de sistema de garantias. O sistema primário, “que tem como foco a universalidade da população infantojuvenil brasileira, sem quaisquer distinções, estabelecendo os fundamentos da política pública a ser executada”; o sistema secundário, “que tem como foco a criança e o adolescente enquanto vitimizados, enquanto vulnerados em seus direitos fundamentais” e o sistema terciário, “que tem como objeto o adolescente em conflito com a lei, na condição de vitimizador.”

Neste sentido, o legislador constitucional, desde logo, preocupou-se em estabelecer orientações e diretrizes¹⁹⁶ para a implantação de programas de atendimento e de prevenção, como se extrai do artigo 204, da Constituição Federal:

- I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
- II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, no artigo 88,¹⁹⁷ também apresenta um elenco de diretrizes que deve orientar a política de atendimento à criança e ao adolescente, com destaque para a responsabilidade dos municípios na implantação de programas de atendimento à criança, participação da

¹⁹⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

¹⁹⁶ Constituição Federal. “Art. 227, § 7º. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.”

¹⁹⁷ ECA. “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

- I – municipalização do atendimento;
- II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;
- III – criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
- IV – manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos de direitos da criança e do adolescente;
- V – integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;
- VII – mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.”

sociedade, em especial pelos conselhos federal, estaduais e municipais de direitos da criança e do adolescente. São estes conselhos os responsáveis para “pensar”, promover e fiscalizar os programas de atendimento à criança e ao adolescente.

A criação dos conselhos representa uma radical ruptura com o modelo anterior, centralizado, de conotação eminentemente assistencialista e repressor, para um modelo mais democrático, com a efetiva participação popular, voltado à criação de políticas públicas de atendimento:

De acordo com o art. 88, inciso II, parte final do ECA, aos Conselheiros dos Direitos cumpre a deliberação e o controle das políticas públicas em nível nacional, estadual e municipal; nesse passo, cabe a tais órgãos, participar da gestão da política de atendimento, deliberando e controlando todas as ações a esta política relacionadas.¹⁹⁸

As decisões dos conselhos vinculam o administrador público,¹⁹⁹ criando condições jurídicas de mudança da realidade social, embora a prática mostre que, muitas vezes, estes conselhos ainda não despertaram para sua real importância.

As diretrizes estabelecidas no artigo 88, do ECA, devem orientar a garantia de todos os direitos da criança e do adolescente. O referido dispositivo, no entanto, dada a sua importância, inclusive para o atendimento dos demais direitos, ressalta a necessidade de integração entre os diversos órgãos de proteção (Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar, Assistência Social, Unidade de Acolhimento etc.) para se evitar que crianças e adolescentes sejam acolhidos e tenham seus direitos fundamentais respeitados.

Para isso, a política de atendimento deve ser estruturada, principalmente na esfera municipal, em face da municipalização do atendimento (art. 88, I, do ECA), de modo que, tão logo se constate a necessidade de intervenção na família, para proteger a criança ou adolescente, esta seja possível.

É fundamental, pois, que cada município estruture a sua política de garantia do direito à convivência familiar,²⁰⁰ que, como já anotado, não é mais uma responsabilidade do Judiciário ou do Ministério Público, nem do Conselho Tutelar,

¹⁹⁸ TAVARES, Patrícia. Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006, p. 378.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 493811 / SP. RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ 15/03/2004 p. 236, **RDDP**, vol. 14 p. 120.

²⁰⁰ Conforme previsto no artigo 50, §§ 3º e 4º e 197-C, §§ 1º e 2º, do ECA.

mas do Executivo, de forma solidária, nas três esferas de governo²⁰¹. Não compete mais, como na sistemática anterior (do Código de Menores), ao Judiciário a elaboração e execução de programas, mas ao Executivo desenvolver projetos “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.”²⁰²

Indispensável que a política municipal de garantia do direito à convivência familiar tenha a efetiva participação de técnicos, preferencialmente equipes multidisciplinares, cuja atribuição é a de apoiar as equipes técnicas das varas da infância e da juventude, bem como das unidades de acolhimento, no sentido de manter a criança ou adolescente na família, promover a reintegração familiar de crianças e adolescentes acolhidos, bem como contribuir para a preparação de famílias substitutas, buscando alternativas para que o acolhimento institucional seja o mais breve possível.

O abandono começa na família e as possibilidades de transformação também começam por medidas de apoio junto aos pais ou outros familiares. Somente quando estas medidas de auxílio se mostrem ineficazes, insuficientes, ou não recomendadas para a redução dos riscos, promove-se o acolhimento institucional. O acolhimento institucional representa, em síntese, o fracasso de outras medidas protetivas à família, à criança e ao adolescente.

No entanto, nem sempre a situação de risco da criança vem acompanhada de abandono, de maus cuidados, de negligência. A criança ou adolescente podem se encontrar em situação de risco por outros motivos, como por exemplo, a falta de escola, de moradia ou de acesso à saúde. Embora os pais sejam responsáveis, sejam diligentes, cuidadosos e amorosos com os filhos, momentaneamente, encontram-se também, em condições de vulnerabilidade social.

Os limites da intervenção no âmbito das relações familiares têm sido objeto de constante debate doutrinário. No plano da convivência familiar, especificamente, o Estado pode proporcionar condições para que os pais ou familiares exerçam suas responsabilidades, mas não pode obrigar o cidadão, por exemplo, a desenvolver relações de afeto para com os filhos, embora a afetividade seja um direito da

²⁰¹ ECA. Art. 100, III.

²⁰² ECA. Art. 87, VI.

criança. Não se pode, igualmente, obrigar a família extensa a assistir os filhos de outros familiares.

José Lamartine C. Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz advertem:

De acordo com a Constituição, as relações entre pais e filhos menores está centrada na ideia de proteção. Sendo assim, o poder paternal é um regime de proteção: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229).

A função do poder paternal é, portanto, assegurar aos filhos os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade. Neste processo, verifica-se a intervenção do Estado para cooperar com os pais na educação e instrução profissional dos filhos. Portanto, os pais conservam a livre escolha dos fins e meios educativos, mas o Estado social concorre para a educação, formação moral e profissional dos filhos e controla sua realização (arts. 205, 208, 226, § 8º e 227).²⁰³

O artigo 1.513, do Código Civil, estabelece o princípio da inviolabilidade da família:

É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que é obrigação “de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”²⁰⁴

Os princípios que devem orientar a intervenção do poder público nas relações familiares, na visão de Bolieiro e Guerra²⁰⁵ são o interesse superior da criança e do adolescente, respeito à privacidade, intervenção mínima, intervenção precoce, respeito pela responsabilidade parental, prevalência da família, proporcionalidade e atualidade, direito à informação, audição obrigatória da criança ou adolescente e seus responsáveis, interdisciplinaridade na intervenção e subsidiariedade.

A intervenção estatal, portanto, nas relações familiares, dá-se na perspectiva da proteção da própria entidade familiar, mas principalmente de seus membros, em

²⁰³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 24-25.

²⁰⁴ ECA. Art. 70.

²⁰⁵ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A Criança e a Família – UMA QUESTÃO DE DIREITO(S): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2009, p. 38-41.

especial das crianças e adolescentes.²⁰⁶ Não compete, por óbvio, ao Estado impor o modelo de família a se constituir, mas protegê-la e apoiá-la para que possa cumprir a sua missão, nos termos do que estabelece o artigo 226, da Constituição Federal.

É oportuna a lição de Rafael Bucco Rossot:

Há de considerar, neste contexto, a desjudicialização que visa reduzir (mas não impedir) a atuação do Estado-Juiz em casos que inexistem conflitos de interesse verificados no núcleo familiar. Neste sentido, é aceitável a redução de incidência do Poder Judiciário (desde que não exista violação ou ameaça de violação de direitos), reduzindo evitar, inclusive, traumas diversos que as decisões judiciais possam criar ou fomentar. Se por um lado é inegável que a remessa de questões familiares ao Poder Judiciário revela a exposição da fratura do projeto parental, a intervenção deve ocorrer nas hipóteses de violação dos princípios orientadores da organização jurídica da família. O papel do Estado é de observador, mas não de sujeito passivo inerte.²⁰⁷

Assim, compete ao Estado, na forma prevista no artigo 129, do Estatuto da Criança e do Adolescente, encaminhar os pais aos programas oficiais ou comunitários de proteção, de auxílio, de orientação, de saúde, de tratamento ao alcoolismo, drogadição etc.

Os meios de comunicação, reiteradamente, informam casos de mães que abandonam seus filhos nas ruas, nas igrejas, próximo a outras casas, em lixões etc. Infelizmente, essa prática secular continua ocorrendo.

²⁰⁶ José Manuel de Torres Perea observa: “Si bien el objetivo final de la intervención familiar ha de ser el bienestar del niño, para alcanzarlo deben cubrirse una serie de necesidades del menor y su entorno. Nos planteamos ahora cuáles serán esas finalidades u objetivos intermedios de la intervención familiar. Al respecto señalar que se tratará evidentemente de finalizar la situación de desprotección (o de não ser posible, de intentar disminuir su nível de gravedad). Igualmente se procurará evitar o reducir em lo posible el riesgo de reaparición de dicha situación de desprotección (precisamente por eso toda família em la que se haya producido uma desprotección infantil ha de ser considerado vulnerable). Otra meta importante será mantener la unidad familiar (o, em su caso, recuperarla), es decir, conseguir que el niño tenga cubiertas sus necesidades básicas em su entorno natural. Todo ello debe venir unido a um trabajo para procurar reparar las secuelas de la desprotección. Se considera que uno de los medios más importantes para lograr estos fines es dotar a la familia de recursos internos y apoyos externos suficientes para poder cuidar adecuadamente a sus hijos. Em la práctica se aprecia que em muchas ocasiones los trabajadores sociales, educadores familiares y psicólogos que intervienen están preparados para trabajar com personas adultas pero non com niños, y esto hace que no se tenga consciencia que lo importante es el niño. (PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del Menor y Derecho de Familia: Una Perspectiva Multidisciplinar.** Madrid: Iustel, 2009, p. 65.

²⁰⁷ ROSSOT, Rafael Bucco. O Afeto nas Relações Familiares e a Faceta Substancial do Princípio da Convivência Familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** V. 9 (abr-mai 2009). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 22.

A Equipe Técnica da Vara da Infância e da Juventude²⁰⁸ de Cascavel indica como possíveis causas para esse tipo de abandono o sentimento de incapacidade de exercício da maternidade, muitas vezes relacionado à história de vida da genitora, carência afetiva, carência material, gravidez indesejada, ausência de responsabilidade paterna, pressões familiares, a existência de outras prioridades na vida, desejo de não exercer a maternidade, ser a genitora vítima de estupro ou relacionamentos incestuosos, entre tantos outros.

A partir destas constatações, elaborou-se um programa cujo principal objetivo é o de sensibilizar toda a rede de atendimento, principalmente de assistência social e de saúde, para que realizem o acolhimento, orientação e encaminhamento das gestantes que manifestem o desejo de entregar o filho para adoção.²⁰⁹ Qualquer profissional da rede de atendimento que tiver conhecimento do desejo da mãe em entregar o filho deve comunicar à Vara da Infância e da Juventude,²¹⁰ que, por meio de sua equipe técnica, vai, inicialmente, ouvir a mãe, encaminhá-la para atendimento psicológico, inclusive, para superação do luto pela separação do filho, orientá-la sobre os serviços de auxílio disponíveis, bem como informá-la sobre os procedimentos seguros de colocação, em família substituta, de seu filho. Além disso, por meio de ampla divulgação pela mídia, cartazes e informações em locais públicos, postos de saúde, coletivos urbanos etc., dar ampla divulgação dos procedimentos a serem adotados, em casos de mães que não desejem assistir os filhos.

Não se pode confundir o ato de entrega voluntária de um filho para fins de adoção com o abandono. Infelizmente, estas mães, muitas vezes, acabam sendo vítimas de discriminação, de preconceitos, incompreensões, censuras, julgamentos morais e até de exclusão social.²¹¹

²⁰⁸ PARANÁ. Vara da Infância e da Juventude de Cascavel. Programa: **A Entrega Consciente para a Adoção legal**: Uma Articulação da Vara da Infância e da Juventude com a Rede de Atendimento e Proteção Social, Organismos da Sociedade Civil e Órgãos de Imprensa da Comarca de Cascavel. Trabalho ainda não publicado.

²⁰⁹ ECA. Art. 258-B.

²¹⁰ ECA. Art. 13.

²¹¹ A psicanalista francesa Sophie Marinopoulos esclarece: “Desse naufrágio as mães que eu encontro tentam se salvar, assim como a seus filhos. Através da narração, elas encontram um caminho em uma história singular, da qual elas se tornam protagonistas. Ser mãe para renunciar ao ser é uma estranha viagem dolorosa, silenciosa, na qual a história é murmurada antes de ser dita e, em seguida, de se revelar; como testemunha dos percursos que as levam a romper com a história familiar, faço ideia do que seja este salvamento.

Sem dúvida alguma, a entrega voluntária do filho pela genitora é uma alternativa para o abandono. A vontade da genitora deve ser respeitada, mesmo quanto ao sigilo, pois em muitos casos pode não desejar que o fato seja divulgado, inclusive em relação a outros familiares. Muitas vezes, observa-se, na prática, que as pessoas que deveriam ouvir e compreender a atitude da genitora, mobilizam-se, contatam vizinhos, parentes etc., para convencer a genitora a cuidar do filho. O resultado, em muitos casos, é o abandono da criança dentro da própria família.

A inexistência de programas de acolhimento para estas mães, que por alguma razão não desejam exercer a maternidade ou reconheçam a sua incapacidade, conduz a atitudes impensadas de abandono, colocando em risco muitas crianças. Não bastasse isso, não raras vezes, essas crianças acabam sendo colocadas em adoções ilegais, com pessoas despreparadas, com todos os riscos que decorrem deste tipo de colocação em família substituta, como a intermediação com fins econômicos.

O acolhimento da genitora, por profissionais preparados, a orientação adequada, a oferta de apoio, a disseminação de informações na rede de atendimento, em especial, da saúde, são medidas absolutamente necessárias para evitar que crianças recém-nascidas sejam abandonadas.

Os psicanalistas franceses Lévy-Soussan e Marinopoulos advertem:

Para que a criança não seja abandonada pela mãe, para que a mãe e o pai não sejam excluídos do mundo dos humanos é preciso criar espaços psíquicos nos lugares de nascimento, para que a ajuda psíquica, quando necessária, possa se fazer o mais cedo possível.²¹²

No acolhimento da genitora, não se trata de promover julgamentos morais sobre o ato de entrega do filho, muito menos de exercer pressões para que a mãe

O psiquismo está trabalhando, as ideias se associam sob forma de anarquia, sucessão de enunciações ligadas a percepções internas, cheias de representações que funcionam como “imagens” que passam a ter um sentido e guiam o Sujeito.

Renunciar ao filho é renunciar a uma parte da história familiar maldita, da qual não se fala, que fica encistada, que escorrega insidiosamente para dentro da cabeça de cada membro da família.” (MARINOPOULOS, Sophie. O Acompanhamento às Mães que Abandonam. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010, p. 117.

²¹² SOUSSAN, Pierre Lévy; MARINOPOULOS, Sophie. Abandono e Adoção: Interações Psíquicas. Da Filiação Numa Perspectiva Histórica e Clínica. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010, p. 96.

ou outros familiares exerçam a maternidade, mas possibilitar à mãe informações e condições de tomar uma decisão consciente sobre o destino de seu filho.

A interpretação equivocada de expressões como “esgotados os esforços para a manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa,”²¹³ tem sido causa de inúmeras situações de risco, de abandono, de maus tratos etc., em que crianças são colocadas nas famílias biológicas que já demonstraram desinteresse em assisti-las. O despreparo da rede de atendimento, com o exercício de pressões e julgamentos morais, acaba levando estas mães ao que lhes parece ser mais simples e mais fácil: abandonar as crianças em qualquer lugar.²¹⁴

Não se trata, evidentemente, de estimular as mães a entregarem seus filhos para adoção, mas de proporcionar àquelas que desejam fazê-lo, a oportunidade de serem tratadas com respeito, ofertando-lhes o apoio psicológico necessário, condições de elaborarem o seu luto pelo entrega do filho, prevenindo, desta forma, o aborto, o infanticídio, o abandono e que crianças sejam colocadas em famílias substitutas de forma ilícita.

A prevenção ao abandono passa necessariamente pela articulação das redes de atendimento dos municípios, que devem estar preparadas para interferir e agir prontamente toda vez que se verifique encontrar-se uma criança em situação de risco.

4.1.2 Redes de proteção

O segredo na efetivação dos direitos da criança e do adolescente começa pela organização, pela implantação e articulação de uma rede de atendimento à família, à criança e ao adolescente, principalmente no âmbito dos municípios. Não se pode mais aceitar situações em que cada vez que uma criança ou adolescente

²¹³ ECA. Artigos 92, II e 166, § 3º.

²¹⁴ É também o entendimento de Sérgio Domingos: “Nesse caminhar, a entrega do filho pela genitora/genitor mostra-se como caminho ao abandono, bem como será representativo de garantias à criança enquanto sujeito de direitos. Entretanto, imperioso se mostra que sejam aqueles orientados sobre a desistência do filho, e haja a concepção neles de que a criança será acolhida afetivamente por pessoas aptas ao seu crescimento afetivo, reduzindo, dessa forma, surtos de arrependimento tardios pós-adoção, pois a entrega ‘...implica uma postura livre de juízos de valor moral sobre a pessoa da mãe que entrega o filho em adoção.’” (DOMINGOS, Sérgio. A Institucionalização da Criança: Violação de Direito Fundamental à Família. In: BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, Arnaldo Camacho de; SANTOS, Marlouve Moreno Sampaio [Coords.]. **Família e Jurisdição III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 465.

encontre-se em situação de risco, com seus direitos fundamentais sendo violados, comece-se a buscar soluções, normalmente improvisadas, sem qualquer planejamento.

A terminologia *rede*, hoje muito empregada, em vários setores da vida social, vem a significar, neste contexto específico, um conjunto articulado de ações, de serviços públicos ou privados para garantir à criança e ao adolescente o respeito a um direito fundamental: o de crescer e se desenvolver no seio de uma família.

Jussara Ayres Bourguignon esclarece:

O termo *rede* sugere a ideia de articulação, conexão, vínculos, ações complementares, relações horizontais entre parceiros, interdependência de serviços para garantir a integralidade da atenção aos segmentos sociais vulnerabilizados ou em situação de risco pessoal.²¹⁵

O art. 86, do ECA estabelece:

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Tradicionalmente, a administração pública é setorizada, fragmentada, o que dificulta a integração. Assim, por exemplo, a assistência social tem seus programas, mas que muitas vezes não são integrados com o esporte, com o lazer, com a educação, com a saúde etc., dificultando o atendimento, quando não, gerando conflitos, ações paralelas e tendo como consequência um atendimento deficiente.

É o entendimento de Lavoratti e Costa:

Um dos entraves para a efetivação da Doutrina da Proteção Integral prevista nas legislações nacionais e internacionais é a setorização e fragmentação das políticas públicas. Os problemas sociais, cada vez mais complexos, demandam mais do que as tradicionais ações pontuais, fragmentadas e setorizadas para sua efetiva resolução.²¹⁶

²¹⁵ BOURGUIGNON, Jussara Ayres. Concepção de Rede Intersetorial de Atendimento à Criança e Adolescente. In: LAVORATTI, Cleide [org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência: O germinar de uma experiência coletiva**. Ponta Grossa: Ed. UEPG, p. 245.

²¹⁶ LAVORATTI, Cleide; COSTA, Lúcia Cortes da. Considerações sobre a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes. In: LAVORATTI, Cleide [org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência: o germinar de uma experiência coletiva**. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2007, p. 215.

No âmbito da efetivação do direito à convivência familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de não deixar dúvidas quanto à responsabilidade dos municípios, ainda estabelece como diretriz básica:

Integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.²¹⁷

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária²¹⁸ reafirma a necessidade da criação de programa de apoio sociofamiliar, responsável por articular as políticas públicas, para a superação ou restauração dos direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes.

A Lei 12.010, de 2009, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, incorporou a proposta da necessidade de criação, de uma política de garantia do direito à convivência familiar, dentro da estrutura dos municípios.²¹⁹

Esse programa deve organizar, articular, mobilizar, serviços públicos como os de habitação, segurança alimentar, trabalho, geração de renda, escolarização, orientação familiar (em especial aos pais para exercício das funções parentais), serviços de orientação para o fortalecimento dos vínculos, saúde, orientação jurídica, entre outros.

Assim, exemplificando, a falta de condições dignas de habitação, por si só, não justifica o acolhimento institucional. O princípio constitucional da prioridade absoluta conduz à conclusão de que a preferência nos programas habitacionais deve ser dirigida aos pais que tenham filhos acolhidos, em especial, quando a única causa do acolhimento é a falta de moradia digna. Assim, também a falta de alimentação ou de escola, entre outras carências, não pode ser motivo único para o acolhimento, devendo-se privilegiar o atendimento a estas necessidades.

²¹⁷ ECA. Art. 88, VI.

²¹⁸ BRASIL. **Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível no site: www.mds.gov.br.

²¹⁹ ECA. Art. 197-C, §§ 1º e 2º; art. 50, § 3º.

É oportuno ressaltar que a rede de proteção aos direitos da criança e do adolescente não se limita aos órgãos públicos, mas também aos organismos não governamentais e à sociedade, como um todo. Muitos municípios já organizaram seus programas de voluntariado, sempre uma opção privilegiada para o rápido atendimento das necessidades de crianças e adolescentes.

Historicamente, como se observou, o gerenciamento do sistema de atendimento à criança e do adolescente, no Brasil, passou da Igreja para organismos de filantropia, destes para o Judiciário (Código de Menores) e hoje para as mãos do Executivo, porém, com a participação popular (pela via dos conselhos). Significa dizer que a organização, a administração destas políticas é de responsabilidade do Poder Público, podendo ser auxiliado por entidades não governamentais.

Por essa razão, justifica-se a necessidade de registro dos programas de atendimento à criança e ao adolescente nos conselhos municipais,²²⁰ que assim poderão direcionar, orientar a política de atendimento para as maiores necessidades, evitando-se atuações paralelas, desnecessárias, otimizando o atendimento.

Gerenciamento dos programas, evidentemente, não significa centralização das atividades. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente adota, como diretriz, a descentralização administrativa, com a participação da sociedade e do Estado.²²¹

As unidades de acolhimento fazem parte desta rede de atendimento, de promoção e de defesa dos direitos fundamentais, de modo que, com a nova sistemática, têm, inclusive, o dever de, imediatamente após o acolhimento, elaborar o plano individual de atendimento, com vistas à reintegração na família biológica ou substituta.²²² Para que tal projeto seja viável, em curto espaço de tempo, necessita dispor de uma rede de serviços públicos ou privados para atender a família, a criança e o adolescente.

Não raras vezes, essas intervenções na família envolvem situações extremamente complexas e demoradas. A reestruturação familiar, muitas vezes, passa por tratamentos para o alcoolismo, para a drogadição, geração de renda, de

²²⁰ ECA. Art. 90, § 1º.

²²¹ ECA. Artigos 86 a 88.

²²² ECA. Art. 101, § 4º.

saúde, habitação, entre outros. Nestas situações, somente com uma rede de serviços (públicos ou privados) realmente estruturada pode-se alcançar algum sucesso.

Outrossim, não se pode esquecer que a rede de atendimento deve ser constantemente monitorada e avaliada, promovendo-se as necessárias intervenções para que o atendimento à criança e ao adolescente seja realmente efetivo.

É oportuna a lição de Luseni Maria Cordeiro de Aquino:

no eixo relativo ao controle social, constituem-se as conexões articuladoras das ações voltadas para a aferição contínua do efetivo respeito, por parte do poder público e de setores da sociedade que prestam serviços de atendimento a crianças e adolescentes, aos preceitos legalmente instituídos. As organizações da rede de proteção atuantes nessa frente reúnem os setores organizados da sociedade civil representados nos fóruns de direitos e de políticas setoriais, conforme o princípio da participação social consagrada na Constituição Federal.²²³

A rede, portanto, deve estar organizada para prevenir e promover, para prestar socorro e defender os direitos da criança e do adolescente, e, por fim, para fiscalizar, monitorar e avaliar os serviços, de modo que o sistema de garantias tenha efetividade.

Somente com um sistema de garantias bem organizado, estruturado, articulado e integrado, com divisão de responsabilidades, é possível diminuir os acolhimentos institucionais, promover o retorno seguro de outras crianças e adolescentes para suas famílias de origem ou ofertar-lhes a possibilidade de crescerem em outra família, respeitando seu direito fundamental da convivência familiar.

4.1.3 Família extensa

O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar não se realiza única e exclusivamente no âmbito da família natural, assim compreendida

²²³ AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. A Rede de Proteção a Crianças e Adolescentes, a Medida Protetora de Abrigo e o Direito à Convivência Familiar e Comunitária: A Experiência de Nove Municípios Brasileiros. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [coord.]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: Os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 330.

como sendo aquela formada por pelo menos por um dos pais e seus descendentes, nos termos do que estabelece a Constituição Federal, no artigo 226, § 4º.²²⁴

A família contemporânea, protegida pela Constituição Federal, não é apenas a matrimonializada, nem somente aquela fundada em laços biológicos, mas principalmente aquela que se sustenta por laços de afetividade, nas suas mais diversificadas formas.²²⁵

Na mesma perspectiva, observa Luiz Edson Fachin:

Parece inequívoco que, contemporaneamente, o elemento socioafetivo se apresenta como o de maior relevância na análise das questões atinentes ao direito de família, pelo que sua repercussão nas relações atinentes à filiação é consequência natural, verdadeiro corolário lógico de uma nova racionalidade que coloca a dignidade da pessoa humana como centro das preocupações do direito civil.²²⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações promovidas pela Lei 12.010/2009, no que tange ao direito da convivência familiar, estabelece, como prioridade, a família natural:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

...

§ 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 termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do *caput* do art. 101 e dos incisos I a IV do *caput* do art. 129 desta Lei.

Conclui-se, daí, que o legislador estabeleceu uma escala de prioridade entre a família natural e a família substituta, na aplicação prática do preceito constitucional da convivência familiar. Significa afirmar que a criança tem o direito de crescer dentro de sua família biológica, assim compreendida como sendo aquela constituída por pelo menos um de seus pais e filhos. Quando isso não é possível, portanto, em casos excepcionais, tem o direito à convivência familiar assegurada por meio de família substituta, que, por exclusão, é aquela formada por outras pessoas que não

²²⁴ No mesmo sentido estabelece o ECA. “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 3 (jul/set/2000), p. 39.

²²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.155.

seus genitores ou pelo menos um deles, como esclarecem Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado.²²⁷

Ocorre, porém, que a Lei 12.010, de 2009, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece mais um degrau entre a família natural e a família substituta, ou seja, a família extensa ou ampliada, definindo-a no parágrafo único do artigo 25:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Assim, estabeleceu-se uma nova escala de prioridades. Pela ordem legal, a criança tem o direito de crescer na família biológica; não sendo possível nesta, na família extensa ou ampliada, desde que com esta conviva e mantenha laços de afinidade e afetividade. Não sendo possível a convivência na família biológica ou família extensa ou ampliada, na família substituta.

A dúvida que persiste é se a família ampliada ou extensa é uma espécie do gênero família natural, uma espécie do gênero família substituta, ou, ainda, seria um novo gênero de família.

Eduardo Félix da Cruz observa:

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

[...]

Como se pode observar, o artigo não foi alterado para se substituir a expressão “excepcionalmente, em família substituta” por “excepcionalmente, em família extensa ou substituta”, para qualificá-lo como uma categoria autônoma de tipo familiar. Contudo, a despeito de eventual incerteza quanto a melhor classificação jurídica de família extensa, dúvidas não há sobre os graus de preferência estabelecidos pela nova legislação.”²²⁸

²²⁷ MACHADO, Martha de Toledo; JUNIOR, Nelson Nery. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal.** Disponível no site: http://jij.tjrs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/NELSONMARTHA.HTM., p.13. Acesso em: 17/05/2011.

²²⁸ CRUZ, Eduardo Félix da. **Guarda de Crianças e Adolescentes: disputa entre pais e avós.** Disponível no site: www.direitosgerais.com/conteudos/ler_artigo.php?id=15. Acesso em: 16/05/2011.

Parece que a melhor solução é ainda considerar a família extensa ou ampliada como uma espécie de família substituta, já que, de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, família natural é somente aquela formada por pelo menos um dos genitores e seus filhos.

Além disso, na perspectiva prática, para que os parentes próximos, como os irmãos, avós, tios com os quais a criança convive e mantém laços de afetividade e afinidade, também estes precisam regularizar a situação por meio de guarda, de tutela ou até mesmo por meio da adoção, que são as formas típicas de inserção da criança e do adolescente no seio da família substituta, nos termos do que estabelece o artigo 28, do ECA:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança e do adolescente, nos termos desta lei.

Esse é também o entendimento de Sávio Bittencourt:

Com efeito, a natureza jurídica desta família extensa é exatamente de família substituta, já que o núcleo familiar legal básico é formado pelos genitores, que recebem as obrigações inerentes ao poder familiar. No momento em que a criança é afastada de seus genitores, é necessário que se defira a alguém sua guarda legal, ainda que provisória. Neste caso, existindo algum parente com quem a criança tenha vínculos de afinidade e afetividade, estes requisitos é que justificam a aplicação da medida de acolhimento por esta família extensa.²²⁹

O legislador, no entanto, deixou claro que a colocação de criança e adolescente em família extensa ou ampliada só tem preferência sobre outras medidas quando atender aos reais interesses da criança. Estabelece como requisitos objetivos:²³⁰ o parentesco próximo, a convivência e os vínculos de afetividade e afinidade.

Parentesco “é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum”.²³¹ De acordo com o dispositivo legal, para ser família ampliada, não basta ser parente.

²²⁹ BITTENCOURT, Sávio. **Família Extensa Sim, Se Houver Amor**. Disponível no site: <http://imagazine.net.br/savio/1177-familia-extensa-sim-se-houver-amor>. Acesso em: 17/05/2011.

²³⁰ ECA. Art. 25, parágrafo único.

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257.

É preciso ser parente próximo,²³² como os avós, os irmãos e os tios. Excluem-se, portanto, familiares distantes, como primos, tios dos genitores etc.

O segundo requisito é a convivência. Ainda que seja parente próximo, mas que não tenha convivência, não se enquadra no conceito de família extensa ou ampliada. Conviver, segundo Aurélio, é “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade”.²³³

Resulta daí, que, na perspectiva da reinserção familiar, não se justifica a busca por parentes, ainda que próximos biologicamente, mas que não tenham convivência com a criança e o adolescente e, muitas vezes, sequer os conhecem.

Muito mais importante que a proximidade de vínculos biológicos é a qualidade e intensidade dos laços afetivos. E é por isso que se exige, além do parentesco e da convivência, a afinidade e afetividade.

Afinidade é a coincidência, a semelhança de gostos e de sentimentos.²³⁴

A afetividade, como já descrito anteriormente, elevada à condição de Princípio Constitucional do Direito de Família,²³⁵ é outro elemento que integra o conceito de família extensa ou ampliada. Ressalte-se aqui que a afetividade deve ser recíproca entre criança/adolescente e parente próximo.

A finalidade da regra, evidentemente, destina-se a atender aos interesses da criança e não dos familiares. Entende-se que, em tese, a criança ou adolescente sendo mantidos com familiares próximos, com os quais já tenha convivido e mantenha vínculos de afetividade e afinidade, as consequências do afastamento dos genitores pode ser minorada.²³⁶

Evidentemente, que os requisitos de afinidade e de afetividade poderão ser demonstrados por detalhado estudo técnico multidisciplinar, inclusive com a

²³² “A jurisprudência, de seu turno, alinha-se também no sentido de considerar como “parente próximo” - na linha colateral -, aqueles aos quais a lei legitima a suceder. Confira-se, a respeito, “RJTJESP”, ed. LEX, vols. 50/119 e 56/226. Assim definido, assente que “parente próximo” não é qualquer parente, mas, sim, somente aqueles abrangidos até o quarto grau.” (RIBEIRO, Alex Sandro. **Aspectos de direitos material e processual decorrentes do parentesco na união estável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 137, 20 nov. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4509>. Acesso em: 15/05/2011).

²³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 472.

²³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit., p. 56.

²³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-68.

²³⁶ ECA. Art. 28, § 3º.

participação da criança e do adolescente, respeitando-se seu estágio de desenvolvimento e compreensão²³⁷.

Sávio Bittencourt adverte ainda para o fato de que os familiares devem ser devidamente avaliados quanto às reais condições de acolher a criança ou adolescente, como qualquer outra família substituta:

Com efeito, se parente tem o mesmo *modus vivendi* dos genitores biológicos e está inserido no mesmo contexto propício ao surgimento de violações aos direitos da criança, não se pode confiar a ele a guarda da criança. Aplica-se aqui a mesma *ratio legis* utilizada para vedar a colocação em família substituta quando não presentes as condições necessárias, conforme o disposto no artigo 29 do ECA. Se o parente comunga de um ambiente que não é propício ou tem práticas semelhantes aos que permitiram a ocorrência da violação contra a criança, não será apto a arcar com a responsabilidade de sua manutenção.²³⁸

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

4.1.4 Família substituta (adoção)

A efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes passa, necessariamente, pela consideração de eventual colocação em família substituta, como terceiro degrau da escala legal. Não havendo condições de reinserção na família biológica e nem na família extensa, a colocação em família substituta, especialmente por meio da adoção, é, sem dúvida, uma alternativa privilegiada, que deve ser perseguida.

²³⁷ ECA. Art. 28, § 1º.

²³⁸ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 67.

Infelizmente, o instituto da adoção ainda é visto, por alguns, com preconceitos injustificáveis, como se a paternidade biológica fosse superior à paternidade socioafetiva. Os vínculos biológicos, ou jurídicos (registro), por si só, são insuficientes para que alguém possa ser considerado verdadeiramente “pai” ou “mãe.” A verdadeira filiação é a filiação psíquica, que é aquela construída pelo tempo, pela convivência, pela partilha, pelo afeto, pelo desejo de conviver.²³⁹

Neste sentido, Sávio Bittencourt observa que:

a adoção como solução efetiva para a criança sem família é um instituto envolto em mitos e preconceitos. E estes preconceitos podem ser verificados até mesmo em atores sociais que têm o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes. O biologismo e a demagogia mantêm o sistema emperrado, justificam inércias e sandices, assassinam infâncias.²⁴⁰

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

O instituto da adoção atravessou, ao longo dos séculos enormes transformações. Deixou de ser uma forma de dar um filho para aquele a quem a natureza não deu,²⁴¹ para se transformar em um direito da criança e do adolescente. Até pouco tempo atrás, a adoção era destinada a dar filhos a quem não podia tê-los. Na legislação brasileira, inclusive, a adoção só podia ser deferida a pessoas casadas, maiores de 50 anos e que não tivessem filhos legítimos ou legitimados, o que por si só revela a finalidade a que se destinava o instituto. Essa situação só começou a tomar outro rumo, no Brasil, pela Lei 3.133, de 08 de maio de 1957, que reduziu a idade dos adotantes para trinta anos e aboliu a exigência de não ter prole,

²³⁹ SOUSSAN, Pierre Lévy; MARINOPOULOS, Sophie. Abandono e Adoção: interações psíquicas da filiação numa perspectiva histórica e clínica. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010, p. 83-84.

²⁴⁰ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, pág. xiv-xv.

²⁴¹ Código de Manu.

mas acrescentou a exigência para os casados, de pelo menos cinco anos de casamento.²⁴²

Essa concepção foi radicalmente invertida e, na atual sistemática, a adoção está voltada para atender aos interesses da criança, que tem o direito fundamental à convivência familiar. É neste sentido que o instituto da adoção deve ser interpretado e é por isso que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no seu artigo 43: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”

A adoção, portanto, não tem mais como foco o atendimento a necessidades ou interesses de adultos, dos eventuais pretendentes à adoção, mas está a serviço dos interesses da criança e do adolescente.

A adoção deve ser, portanto, voltada a atender à necessidade e ao direito fundamental que a criança e o adolescente têm de serem criados e educados no seio de uma família.

É oportuna a lição de Pierre Lévy-Soussan e Sophie Marinopoulos:

A adoção não se baseia num direito ao filho, nem num desejo fundado na compaixão. Nenhum Estado, nenhuma convenção internacional reconhecem um direito à adoção. Esta não vem para reparar uma injustiça, preencher um vazio ou autenticar uma necessidade. A situação adotiva mostra até que ponto ela está emaranhada com caráter instituído da filiação e não pode ser modelada a qualquer demanda parental. Não nos parece ser do interesse da criança fazer pesar sobre ela a validação filiativa de todas as situações de vida dos adultos, independentemente do sexo, da idade, dos estados psíquicos. A situação adotiva não deve validar uma situação filiativa de adultos e sim continuar a serviço da criança, na criação de uma família marital ou conjugal, de acordo com as normas filiativas próprias das estruturas da paternidade universal.²⁴³

É por essa razão, ou seja, no interesse do adotando, que “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça um ambiente familiar adequado.”²⁴⁴

Não se pretende, no âmbito deste trabalho, realizar uma profunda análise do instituto da adoção, mas apenas ressaltar a sua importância como uma alternativa

²⁴² CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, págs. 56-58.

²⁴³ SOUSSAN, Pierre Lévy; MARINOPOULOS, Sophie. Abandono e Adoção: interações psíquicas da filiação numa perspectiva histórica e clínica. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010, p. 105-106.

²⁴⁴ ECA. Artigo 29.

privilegiada ao acolhimento institucional e, principalmente, como efetiva oportunidade de assegurar a milhares de crianças e adolescentes o atendimento a um direito constitucional da convivência familiar.

Se adoção é dirigida a atender ao interesse da criança, que, como já anteriormente analisado, constitui-se em princípio constitucional, e, portanto, deve orientar toda legislação infraconstitucional, é inegável que a interpretação das regras estabelecidas devem estar em consonância com o referido princípio.

Assim, simplesmente impedir que pares homoafetivos adotem, certamente, não atende aos interesses da criança e do adolescente.

Andréa Rodrigues Amin esclarece que:

trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras. Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens.²⁴⁵

Sávio Bittencourt complementa:

a adoção deve atender em primeiro lugar ao interesse da criança. Destarte, todos os que pretendam adotar devem ser analisados em seus aspectos psicológicos, comportamental e ético para a proteção do adotando. Seja o pretendente homo ou heterossexual, deve ser analisado se seu estilo de vida é compatível com a educação e criação de uma criança, se seu comportamento é equilibrado, enfim, se tem aquelas qualidades conhecidas como propícias à convivência com um ser em formação. Não se pode conceber a proibição da adoção por homoafetivos genericamente, pelo fato de simplesmente terem esta orientação, por significar um preconceito tolo e desarrazoado. Não são homoafetivas as pessoas que atiram seus filhos pelas janelas ou nas ruas, rios e lagoas, como a mídia nos informou, nos último tempos. Não são homoafetivas as pessoas que alugam seus filhos para uso abjeto de adultos pervertidos e tarados, como revelou à sociedade a CPI da pedofilia. Os *gays* ou os não *gays* podem ser boas ou más companhias para as crianças, dependendo de fatores não vinculados obrigatoriamente à sua orientação sexual. O que importa para a criança é o cuidado, que traduz o afeto que se tem por ela. Num país de crianças abandonadas em abrigos, aos milhares, se dar ao luxo macabro do preconceito, além de criminoso,²⁴⁶ é burrice.

²⁴⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia [coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 31.

²⁴⁶ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2010, p. 146.

A adoção por par homoafetivo poderia trazer, ainda, a preocupação de eventuais efeitos psicológicos ou comportamentais futuros, mas a psiquiatria e a psicologia já se encarregaram de afastar completamente tais temores.

Nazir Hamad, psicólogo e psicanalista francês, com várias obras publicadas sobre adoção, esclarece que um candidato à adoção deve ser julgado pelas aptidões que apresenta e suas condições de oferecer a uma criança meios de socialização e não pela opção sexual:

Julgam-se os candidatos pela sua abertura, sua capacidade de enfrentar dificuldades, sua tolerância em relação à criança e sua história, assim como pela qualidade das relações que desenvolvem com o entorno familiar e social. Partindo desse princípio, é possível levar em conta igualmente o que, na orientação sexual de cada candidato, poderia representar um risco potencial para a segurança da criança ou para sua educação, pouco importa que seja homo ou um heterossexual.²⁴⁷

José Manuel de Torres Perea, professor Titular de Direito Civil da Universidade de Málaga, diz (em tradução livre) que

a adoção é uma instituição que vem condicionada pelo interesse superior do menor, o que significa que deve ser analisado em cada caso concreto se os candidatos a adoção são ou não idôneos. O que não se pode pretender é que todo um grupo social, por sua condição sexual, seja automaticamente excluído da adoção. Tal possibilidade só seria admissível se cientificamente houvesse prejuízos ao menor por tais adoções. Porém, esta é uma matéria extrajurídica em que os únicos capacitados para decidir são os especialistas (especialmente psicólogos). O jurista deve permanecer à margem e acatar as conclusões científicas que a este respeito se deem. E o certo é que nos dias de hoje não encontramos nenhum informe sério que prove tais extremos, mas bem ao contrário, os especialistas nos aclaram que o importante não é o tipo de família em que cresce o menor, mas o mais importante é o funcionamento familiar.²⁴⁸

Conclui-se, portanto, que a opção sexual é indiferente e não pode ser mais um motivo de preconceito e de discriminação.²⁴⁹ A criança não será mais ou menos

²⁴⁷ HAMAD, Nazir. **Adoção e Parentalidade**: questões atuais. Trad. Maria Nestrovsky Folberg, Mario Fleig, Jasson Martins. Porto Alegre: CMC Editora, 2010, p. 125.

²⁴⁸ PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del Menor y Derecho de Família**: Una Perspectiva Multidisciplinar. Madrid: Ed. Lustel, 2009, p. 212-213.

²⁴⁹ “Assim, o Estado, por meio do Poder Judiciário, não pode negar as adoções a uma só pessoa homossexual ou conjuntamente aos que vivam uma união com característica de entidade familiar, ou seja, estável no tempo, pública, notória e que demonstre ser um lugar que possibilite a solidariedade, a afetividade e a mútua assistência moral e material de seus membros. Essas uniões podem ser reconhecidas como entidades familiares, mediante uma interpretação lógico-sistemática arejada que privilegie os melhores interesses do adotado e os novos modos de viver em família, e que tenha por base o respeito ao direito e à pluralidade.”(GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e**

feliz na família em que se encontra em razão da opção sexual de seus membros. O que importa, certamente, será a capacidade que os adotantes têm de oferecer a esta criança uma família saudável, organizada, com princípios e valores, de modo que possa desenvolver todas as suas potencialidades.²⁵⁰ Mais importante que a opção sexual é o afeto, é o carinho, é o amor que os une.

A colocação de criança ou adolescente em família substituta, na modalidade de adoção, de acordo com a legislação em vigor, está subordinada a determinadas ordens de preferência.

Inicialmente, a adoção só pode ser deferida a casais, pares ou pessoas previamente habilitados, nos denominados cadastros estaduais e nacional de adotantes.²⁵¹ Além disso, a lei também prevê a criação de um registro de adotantes em cada comarca ou foro regional.²⁵² A medida é salutar e serve como importante mecanismo de seleção e de preparação de pessoas interessadas na adoção. Além do mais, serve para que a criança seja colocada em adoção tão logo sua situação jurídica (destituição do poder parental) esteja definida, não se perdendo tempo na preparação e seleção de pretendentes a sua adoção.

Embora, de acordo com a Constituição Federal, a adoção deva ser sempre realizada no interesse da criança, ainda persistem, inclusive na legislação, alguns resquícios da mentalidade anterior, ou seja, de que a adoção privilegia o interesse dos adotantes.

Neste sentido, a Lei 12.090, de 2009 estabeleceu que a convocação para a adoção será feita “de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.”²⁵³ Mais adiante diz que a ordem cronológica só “poderá deixar de ser respeitada, nas hipóteses previstas no §

Afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 156.).

²⁵⁰ “Não se deve considerar a orientação sexual como elemento depreciativo da conduta do sujeito, uma vez que tal fator é determinante de sua personalidade. Do mesmo modo, há o respaldo de outros campos do saber onde se afirma não haver prejuízos à personalidade das crianças em razão de sua convivência com homossexuais. No mesmo caminho, os avanços da ciência estão a informar um novo horizonte de conhecimento sobre a temática, colocando-a em outro patamar de compreensão.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e Homossexualidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 84.).

²⁵¹ ECA. Art. 50, § 5º.

²⁵² ECA. Art. 50, caput.

²⁵³ ECA. Art. 197-E.

13 do art. 50 desta lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.²⁵⁴

Essa medida, que, certamente, veio inspirada para evitar abusos, peca ao dar preferência aos adotantes (primeiro habilitado no cadastro) em detrimento dos interesses da criança, além de representar um enorme risco na adoção, deixa a indicação à sorte ou ao acaso.

Não há nenhuma certeza de que o habilitado há mais tempo seja a pessoa ou o casal mais indicado para aquela criança. Não se consideram as características pessoais da criança ou adolescente e nem mesmo dos eventuais pretendentes. A regra, portanto, pode servir como um parâmetro, quando os demais habilitados estiverem nas mesmas condições, mas não pode ser interpretada como regra de observância cega, sob pena de descumprimento do princípio constitucional da prevalência dos interesses da criança.²⁵⁵ Se há uma criança em condições de adoção, a obrigação é encontrar para ela a melhor família possível e não o inverso. A indicação do habilitado para adotar determinada criança em condições de adoção deve ser feita com ativa participação da equipe técnica multidisciplinar que tem condições de avaliar as melhores opções para a criança e não para os adultos.

A adoção internacional aparece como opção para os casos em que não houve possibilidade de colocação em família substituta brasileira.²⁵⁶ Ainda assim, os brasileiros residentes no exterior têm preferência sobre os estrangeiros.²⁵⁷

A adoção internacional tem-se revelado uma opção interessante, em especial para crianças e adolescentes maiores, grupos de irmãos e pessoas com necessidades especiais, já que normalmente estas encontram enormes dificuldades de colocação em família substituta brasileira, como se extrai facilmente do Cadastro Nacional de Adoção, do Conselho Nacional de Justiça.²⁵⁸

Os irmãos, preferencialmente, quando possível e recomendado, não devem ser separados, a não ser que as circunstâncias assim o recomendem, por avaliação

²⁵⁴ ECA. Art. 197-E, § 1º.

²⁵⁵ Alguns Tribunais de Justiça, entre eles o de Pernambuco, já editaram atos normativos flexibilizando a aplicação da ordem cronológica. Provimento 03/2010, do TJ/PE.

²⁵⁶ ECA. Art. 51, § 1º, II.

²⁵⁷ ECA. Art. 51, § 2º.

²⁵⁸ Em 19 de maio de 2011 estavam cadastradas como aptas a adoção 4.569 crianças. Destas 3.089 acima de sete anos, 3.487 (76,3%) são grupos de irmãos e 989 (21,65%) com problemas de saúde.

técnica.²⁵⁹ Infelizmente, sempre haverá situações em que a separação é inevitável. Nestas condições, é necessário encontrar soluções para que as consequências sejam minoradas. Não se pode, igualmente, aguardar por anos a colocação conjunta de grupos de irmãos numerosos, quando se chega à conclusão de que a adoção só será possível em pequenos grupos ou individualmente. Mesmo nestas circunstâncias, é possível realizar um esforço para que os irmãos possam manter, entre si, os laços de afetividade. Por essa razão, é importante escolher pretendentes que tenham proximidade geográfica, afinidades, que sejam conhecidos entre si. Não se pode, porém, deixar de colocar as crianças e adolescentes em adoção, quando possível, ainda que em famílias separadas, sob o argumento de que os irmãos não podem ser separados. A finalidade é a colocação em família substituta, preferencialmente em conjunto, e não manter os irmãos fisicamente unidos, ainda que numa unidade de acolhimento.

Poucas vezes se tem atentado para uma outra situação muito comum na colocação de crianças e adolescentes acolhidas em família substituta.

O que caracteriza uma fratria ou grupo de irmãos? Os vínculos biológicos ou os laços de afetividade? Em um caso prático, o autor deste trabalho deparou-se com uma situação não tão incomum. Duas crianças, com aproximadamente 08 anos, que já conviviam há muito tempo numa entidade de acolhimento, estavam em condições de serem adotadas e entre si haviam formado laços afetivos tão fortes que só aceitavam ser adotados conjuntamente, pela mesma família. Felizmente, foi o que aconteceu, preservando-se, assim, os laços de afetividade que haviam construído, ao longo do tempo.²⁶⁰

Em outro caso, ocorrido em outra comarca, determinada família adotou uma criança recém-nascida. Algum tempo depois, nasceu uma irmã biológica dessa criança, em outra cidade, que, também, foi colocada em adoção. Embora a família adotiva da primeira não estivesse preparada e não quisesse uma nova adoção, foi pressionada e convencida a adotar também a irmã biológica, sob pena de perder a que já estava na família e cujo processo de adoção ainda estava em andamento, sob o argumento de que as irmãs não devem ser separadas. As irmãs, portanto, até

²⁵⁹ ECA. Art. 28, § 4º.

²⁶⁰ Comarca de Cascavel – PR. Autos de adoção 164/98 e 232/98. Autores: C.A.T e E.V.C.T.; Autos de Medida de Proteção 189/98 e de Destituição do Pátrio Poder 193/97.

então, sequer se conheciam, não havendo entre elas nada mais que laços biológicos. Como se poderia esperar, a segunda adoção se revelou em completo fracasso e a criança, tempos depois, acabou sendo devolvida e novamente acolhida.²⁶¹

Estes dois casos, comparados, revelam que mais importante que os vínculos biológicos são os laços afetivos que se construíram entre os irmãos e são estes que devem nortear eventual separação de irmãos.

Lamentavelmente, ainda persiste, em muitos lugares, o mito de que a adoção só será bem-sucedida se a criança adotada for recém-nascida. Por isso, mesmo nas fratrias, é muito comum, na prática, que adotantes manifestem o desejo de adotar apenas o mais novo ou os irmãos mais novos de um grupo. Este tipo de pedido deve ser analisado com muita cautela. É preciso sempre ter como norte que a adoção se destina a atender aos interesses da criança e não dos adultos. Em muitos casos, é possível encontrar pessoas interessadas em adotar a todos conjuntamente, ainda que, em adoção internacional, que neste caso deve ser privilegiada, e que, certamente, atenderá ao melhor interesse das crianças.

Na contramão do bom-senso, foi introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente, o dispositivo que permite à mãe biológica o arrependimento, até a data da sentença constitutiva de adoção, do consentimento colhido, em audiência,²⁶² pela autoridade judiciária e Ministério Público, depois de ser ouvida pela Equipe Técnica, sendo devidamente esclarecida sobre as consequências de sua manifestação.²⁶³ Para ilustrar o absurdo legislativo, registra-se outro caso prático em que este autor, como Juiz, teve oportunidade de atuar. Uma mãe, desde a gestação, manifestou o desejo de colocar seu filho para adoção, tão logo nascesse. Foi encaminhada para atendimento psicológico, mantendo-se sempre firme no propósito de não exercer a maternidade. Nascida a criança, a mãe passou novamente pela Equipe Técnica, foi ouvida formalmente em audiência, advertida e orientada e manteve o desejo de que seu filho fosse colocado em adoção. Dias depois, a criança, com problemas de saúde, foi colocada em adoção regular, em família devidamente habilitada, preparada, fixando-se o estágio de convivência, que agora também passou a ser

²⁶¹ Comarca de Capitão Leônidas Marques. Autos de Adoção 031/2009.

²⁶² ECA. Art. 166, § 5º.

²⁶³ ECA. Art. 166, §§ 2º, 3º e 4º.

obrigatório, mesmo para crianças recém-nascidas.²⁶⁴ Quando a criança já estava inserida na família biológica há vários dias, veio a notícia de que a mãe se arrependera. Como a sentença de adoção ainda não havia sido prolatada, tendo em vista que se encontrava em estágio de convivência, pode-se imaginar a situação que se estabeleceu. De um lado, a mãe que quer o filho; de outro, os adotantes, da mesma forma, não abrem mão da criança, que já é considerada como membro da família desde o dia em que lhes foi deferida a guarda. A família adotiva observara todos os procedimentos legais, preparando-se e aguardando, pacientes e com enorme expectativa, a vinda do filho, por vários anos.

A norma, portanto, criou uma situação de enorme insegurança jurídica, que poderia ter sido evitada. Não se está aqui a defender a impossibilidade de arrependimento da genitora, mas de que esta poderia ocorrer até a colocação em família substituta. Outra solução seria estabelecer um prazo razoável, quem sabe de dez dias (que também é o prazo para interposição de recurso de apelação²⁶⁵) para que a mãe pudesse se arrepender. Nesse período, a criança poderia aguardar, em unidade de acolhimento ou família acolhedora, sua colocação em família substituta, com segurança para os adotantes.

4.1.5 Famílias acolhedoras

O ideal seria que todas as crianças e adolescentes pudessem ser criados e educados na sua família de origem. Não sendo possível, na família extensa ou na família adotiva. Como não se vive no mundo ideal, mas no mundo real, sabe-se que isso nem sempre será possível. Diante dessa cruel realidade, é preciso buscar alternativas para garantir a efetividade do direito à convivência familiar para milhares de crianças e adolescentes, em especial, crianças com problemas de saúde mental e física, crianças e adolescentes maiores, que, como se sabe, têm enormes dificuldades de colocação em família substituta.

O programa denominado Família Acolhedora²⁶⁶ tem-se constituído numa boa alternativa ao acolhimento institucional, bem como uma forma de assegurar à

²⁶⁴ ECA. Art. 46.

²⁶⁵ ECA. Art. 198, II.

²⁶⁶ Também denominado de Acolhimento familiar.

criança e ao adolescente a convivência familiar, embora também tenha o caráter de provisoriedade e de excepcionalidade.

Basicamente, trata-se de inserir a criança ou adolescente em família, já constituída, de forma temporária e excepcional, mediante acompanhamento, monitoramento e auxílio, normalmente, por parte do poder público.

Essa inserção está prevista no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária que, assim, o define:

O programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem, mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar.²⁶⁷

O referido Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária esclarece que não se trata de solução em substituição à adoção, mas de acolhimento qualificado, enquanto a criança e o adolescente se encontrem assistidos por uma família, de forma individualizada, submetida aos princípios da provisoriedade e excepcionalidade, até que seja possível o seu retorno à família biológica ou sua colocação em adoção, o que deve ocorrer no menor tempo possível.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não contemplou a regulamentação expressa da modalidade, embora tenha feito referências a este tipo de acolhimento em diversos dispositivos dispersos,²⁶⁸ inclusive, submetendo-o às mesmas regras, no que couber, das unidades de acolhimento, estimulando este tipo de acolhimento.²⁶⁹

Nas disposições finais e transitórias, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 260, dispõe:

§ 1º-A. Na definição das prioridades a serem atendidas com recursos captados pelos Fundos Nacional, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, serão consideradas as disposições do Plano

²⁶⁷ BRASIL. **Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília-DF: Conanda, 2006, pág. 42. Disponível no site: www.mds.gov.br.

²⁶⁸ ECA. Art. 90, § 3º, III; art. 92, § 2º, § 4º, 5º; art. 101, § 1º, § 8º; art. 34.

²⁶⁹ ECA. Art. 94, § 1º.

Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar, bem como as regras e princípios relativos à garantia do direito à convivência familiar previstos nesta Lei.

§ 2º Os Conselhos Municipal, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonados, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal.

No plano da legislação internacional, esse procedimento tem amparo na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, quando reconhece que, “para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em ambiente de felicidade, amor e compreensão.”²⁷⁰

Não será, portanto, por falta de previsão legal que o acolhimento familiar não possa ser implantado.

O programa, evidentemente, deve estar integrado à rede de proteção à criança e do adolescente, em especial ao programa municipal de promoção à convivência familiar, e não pode servir como uma forma de mera substituição à adoção.

O sucesso do programa passa necessariamente por uma boa estrutura, em especial, de equipe técnica interdisciplinar, preparada e qualificada, responsável pela criteriosa seleção das famílias inscritas no programa, bem como sua capacitação. A família inscrita no programa, evidentemente, deve preencher os requisitos sociais, morais e fundar-se em interesses legítimos. Cabe, aqui, alertar para que a colocação em família acolhedora não se transforme num atalho, como uma espécie de prova, para futura adoção. Por essa razão, devem ser investigadas as motivações, bem como se todos os membros da família acolhedora concordam com a medida.²⁷¹ Não significa que, excepcionalmente, não se possa deferir a adoção de criança ou adolescente à família acolhedora. Basta imaginar a situação de uma criança há muito tempo integrada na família acolhedora, com quem tenha formado fortes vínculos de afetividade e que não tenha possibilidade alguma de retorno à família biológica e nem de colocação em família substituta. Nestas situações, o interesse da criança deve ser o balizador da medida que lhe é mais

²⁷⁰ Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

²⁷¹ BRASIL. **Orientações Técnicas:** Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Brasília-DF: Conanda e Conselho Nacional de Assistência Social, 2009, págs. 82-93.

vantajosa, que certamente será a adoção pela família acolhedora, se este for o desejo de ambos, embora esta não seja a finalidade do programa.²⁷²

O programa, além de selecionar as famílias, prepará-las, também tem a atribuição de monitorá-las, acompanhá-las, auxiliando-as, no sentido de que as crianças tenham assegurados os seus direitos fundamentais, inclusive, quando recomendado o fortalecimento dos vínculos com a família biológica, a preservação de sua história de vida, bem como articular a rede, para que, o mais breve possível, a criança possa ser reinserida na família de origem, extensa ou adotiva. Não sendo isso possível, é importante que a criança não fique transitando entre uma família e outra, o que certamente lhe trará prejuízos na formação de vínculos.

Na prática, observa-se que muitas crianças, embora em condições jurídicas de serem adotadas, com problemas de saúde, bem como crianças maiores, encontram dificuldades para serem adotados, para os quais uma solução alternativa pode ser a família acolhedora.

O Programa já foi implantado em diversos municípios do País. Na cidade de Cascavel – PR, o programa foi implantado no ano de 2006,²⁷³ com sucesso, pela Secretaria Municipal de Assistência Social, tendo como financiador o Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, com o objetivo de, aos poucos, substituir as unidades de acolhimento, promovendo o fortalecimento dos vínculos familiares, atendimento individualizado, superação das dificuldades que deram causa ao acolhimento e, quando possível, o retorno à família de origem.

O Programa implantado em Cascavel prevê o pagamento de 72% (setenta e dois por cento) do valor do salário mínimo, por mês, a cada família acolhedora, por criança acolhida, além de outros auxílios e serviços como auxílio alimentação, saúde, escolarização, inclusão em programas de contraturno escolar,

²⁷² Para ilustrar, registro um caso em que o autor deste trabalho teve a oportunidade de atuar como Juiz, em que um adolescente, há algum tempo acolhido institucionalmente, foi inserido na família acolhedora, enquanto tramitava o processo de destituição do poder familiar, que demorou, em razão da interposição de recursos. Quando o processo terminou, o adolescente já tinha formado vínculos tão intensos com a família acolhedora, que não aceitou a adoção e ainda questionou: “A vida inteira quis ter uma família. Agora que já tenho família, por que querem me colocar em outra, que sequer conheço?” Atendendo ao interesse do adolescente, bem como de sua família acolhedora, a adoção acabou ocorrendo dentro desta, uma vez que não seria razoável e não atenderia aos interesses do adolescente romper novamente os vínculos que conseguiu construir. (PARANÁ. Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Cascavel. Autos de Destituição do Poder Familiar 306/05 e de Adoção 364/09. Autores: A.A e A.M.).

²⁷³ PARANÁ. Município de Cascavel. Lei 4.466, de 26 de dezembro de 2006.

profissionalização etc. O Município está revendo a remuneração, por criança acolhida, para um salário mínimo por mês.

O Programa é formado por Equipe Técnica Interdisciplinar, com recursos materiais (espaço físico, veículo, material de informática etc.) e humanos (três assistentes sociais, pedagoga, psicóloga, motorista, estagiários etc.). O Programa tem a atribuição de organizar o acolhimento de crianças e adolescentes acolhidos, além de selecionar, capacitar, cadastrar e acompanhar as famílias acolhedoras, bem como acompanhar, encaminhar aos serviços públicos as famílias de origem, promovendo visitas, com vistas à reintegração familiar.

A reinserção da criança ou do adolescente na família extensa tem preferência em relação ao acolhimento familiar, o que não impede que a família extensa não possa ser também inserida no programa. Imagine-se a situação de um irmão que só não pode receber o irmão acolhido, com quem tem laços de afetividade, por dificuldades econômicas. Não há qualquer vedação para que também seja inserido no programa, desde que preencha os demais requisitos a serem avaliados pela equipe técnica. No caso dos pais, há previsão de outros tipos de auxílio financeiro ou econômico,²⁷⁴ já que o acolhimento, exclusivamente por falta de condições econômicas, sequer deveria ocorrer.

Mensalmente, o Programa²⁷⁵ realiza reuniões com as famílias acolhedoras, com o objetivo de avaliar as prioridades, bem como da qualidade dos serviços oferecidos, além de repassar orientações, realizar ajustes e encaminhar as dificuldades.

Famílias que, ao longo do atendimento, se mostrem resistentes a atender às regras e orientações, não cumprem com suas atribuições, ou mostrem, por qualquer razão, incompatibilidade com o serviço, são desligadas.

Os grupos de irmãos, sempre que possível, são mantidos na mesma família, o que facilita a adaptação e evita o rompimento ou fragilização dos vínculos fraternos já estabelecidos.²⁷⁶

Atualmente,²⁷⁷ o Programa atende sessenta e seis crianças e adolescentes, em vinte e nove famílias acolhedoras, com prioridade para aqueles com problemas

²⁷⁴ ECA. Art. 101, IV, 101, §§ 7º e 9º e art. 23.

²⁷⁵ Informações prestadas por Neusa E. F. Cerutti, Coordenadora do Programa Família Acolhedora de Cascavel – PR.

²⁷⁶ ECA. Art. 28, § 4º.

de saúde, maiores de doze anos, com poucas chances de retorno à família biológica ou extensa, encaminhados pela Vara da Infância e da Juventude. Em síntese, a prioridade é para aqueles que têm poucas chances de voltar à família de origem ou de serem adotados, garantindo-se, assim, também a estes, o direito da convivência familiar.

O Programa, no mínimo a cada seis meses, elabora um laudo técnico sobre a situação social e familiar de cada criança ou adolescente, contendo as tentativas realizadas de reintegração familiar, os programas em que estão inseridos, encaminhando-os à Vara da Infância e da Juventude,²⁷⁸ onde se realiza a audiência de reavaliação, em que comparecem os responsáveis pelo Programa, a família acolhedora, os pais (quando recomendado) acompanhados de advogado, a criança ou adolescente, a Equipe Técnica da Vara da Infância e da Juventude e Ministério Público. Na audiência, são ouvidas as partes, adotadas providências, eventualmente regularizada a guarda, aplicadas outras medidas protetivas quando necessárias, bem como avaliada a possibilidade do desacolhimento.

Para municípios pequenos, muitas vezes com dificuldades para acolher crianças em situação de risco, o acolhimento familiar, além de se constituir numa alternativa, em termos econômicos, muito menos onerosa, traz vantagens para a criança e o adolescente, que, vivendo em ambiente familiar, têm melhores condições de superar os traumas do afastamento de sua família natural. Mesmo estando em família acolhedora, a situação jurídica da criança ou adolescente deve ser resolvida com a maior brevidade possível, posto que, com a demora na solução, certamente haverá a criação de vínculos afetivos cada vez mais intensos, que, em eventual rompimento posterior, certamente, serão mais uma vez traumáticos.

Concluindo, pode-se afirmar que o Programa Família Acolhedora é uma alternativa bem mais razoável que o acolhimento institucional, embora não substitua a família natural e nem a adoção, que, obviamente, são formas bem mais completas de inserção familiar, devendo sujeitar-se aos princípios da excepcionalidade e provisoriedade.

²⁷⁷ Dados de maio de 2011.

²⁷⁸ ECA. Art. 94, XIV.

4.1.6 Apadrinhamento afetivo

Os programas de apadrinhamento afetivo têm-se multiplicado pelo País, principalmente a partir do início deste século. Embora o Programa não esteja regulamentado pela legislação brasileira, tem sido implantado em diversos municípios, basicamente com o objetivo de proporcionar a crianças e adolescentes acolhidos a oportunidade da convivência familiar e comunitária. É comum crianças e adolescentes acolhidos não terem mais qualquer referência familiar fora das unidades de acolhimento, especialmente naqueles casos de pais que as abandonaram, não as visitam com regularidade, quando não há outros familiares, os pais foram destituídos do poder familiar etc.

Como não há uma regulamentação legal, existem diversos modelos, mas, basicamente, o programa se destina a dar a essas crianças e adolescentes uma referência familiar fora das unidades de acolhimento.

O Programa foi implantado em Cascavel – PR, em 2003, pela Vara da Infância e da Juventude, em parceria com as unidades de acolhimento e é supervisionado pela Equipe Técnica da Vara da Infância e da Juventude, com a colaboração de voluntários e equipes técnicas das unidades de acolhimento.

O Programa destina-se a crianças e adolescentes em medida de proteção de acolhimento institucional, com prioridade para crianças a partir de cinco anos de idade, com remotas possibilidades de adoção.

Os interessados em participar do Programa são selecionados pela Equipe Técnica, avaliados e capacitados. Após a seleção e capacitação, faz-se a indicação da criança, de acordo com as prioridades das crianças e adolescentes e disponibilidade dos padrinhos ou madrinhas, sempre levando-se em conta os interesses da criança.

O Programa não é destinado a servir como atalho para a adoção, razão pela qual os candidatos a padrinho afetivo, no modelo referido, não podem estar inscritos no registro de adotantes. A vedação se justifica para não criar expectativas no padrinho afetivo em relação à criança ou ao adolescente, que, eventualmente, ainda podem retornar à família natural ou extensa. Essa expectativa do padrinho afetivo poderia competir com a família biológica, quando o objetivo é somente o interesse da criança, que pode ser, inclusive, o de retornar à família natural. Haveria, ainda, o

risco de alimentar falsas expectativas de adoção em relação à criança, o que certamente lhe traria prejuízos emocionais.

Aos padrinhos afetivos compete prestar assistência moral, afetiva, física, educacional, emocional, completando o trabalho desenvolvido nas unidades de acolhimento, que, por mais bem organizadas e estruturadas que sejam, normalmente, não conseguem dispensar toda atenção e o afeto que uma criança necessita.

Aos padrinhos compete, ainda, cumprir as regras do programa, manter regularidade das visitas, retirando e devolvendo a criança ou adolescente à unidade de acolhimento, nos horários previstos. Não basta, de vez em quando, ou somente em festas de final de ano, retirar a criança. Um dos deveres do padrinho é manter uma regularidade de visitas e retiradas da criança.

Normalmente, a criança passa os fins de semana, feriados e alguns períodos de férias escolares com os padrinhos afetivos, de acordo com as condições de cada criança ou adolescente, de modo a não prejudicar os vínculos com a família biológica (quando existentes) ou outras atividades em que a criança esteja inserida.

Tão ou mais importante quanto ao adequado preparo dos padrinhos afetivos é o preparo da criança, para que possa ter a compreensão do que significa o Programa. A criança ou adolescente devem ser ouvidos e suas opiniões, devidamente consideradas, na medida de sua compreensão.

Os padrinhos são convidados a participar de avaliações periódicas, de encontros de capacitação e troca de experiências, sob a coordenação dos responsáveis pela execução do Programa.

Desde a sua implantação, as equipes técnicas das unidades de acolhimento, da Vara da Infância e Juventude, assim como os voluntários e padrinhos afetivos, avaliam o Programa como altamente positivo e com benefícios à criança e ao adolescente.

Embora os padrinhos não tenham qualquer obrigação de caráter econômico ou financeiro para com as crianças, mas apenas afetivo, na prática, tem-se observado que padrinhos conseguem muitas vezes encaminhar a criança e adolescente para algum curso, como de línguas, profissionalizantes, acompanham e participam mais de perto sua vida escolar, dão-lhes suporte e apoio no momento da doença, possibilitam sua convivência comunitária (como clubes, igrejas etc.), participam de eventos escolares, como apresentações de dia das mães, dia dos

pais, Natal, entre tantos outros, valorizando e aumentando sua autoestima. Auxiliam, sob orientação da equipe técnica, sua reinserção familiar (na família natural, extensa ou adotiva etc.).

Não se trata, evidentemente, de solução definitiva, nem de alternativa ao acolhimento institucional, mas de um programa de auxílio, de apoio à criança e ao adolescente, durante o período de acolhimento institucional, proporcionando-lhes a oportunidade de manter relações saudáveis com uma família. A criança ou adolescente sabe que há alguém, para além da unidade de acolhimento, que lhe dispensa um pouco de afeto, de amor e de compreensão.

Enquanto persistem as unidades de acolhimento, o apadrinhamento afetivo pode representar uma forma de abrandamento ao acolhimento institucional, uma alternativa temporária durante a transição do modelo da institucionalização para o do acolhimento familiar.

4.2 JUDICIÁRIO: DA RESERVA AO ATIVISMO

4.2.1 Transição paradigmática

As transições são fenômenos inevitáveis na vida das pessoas, da família, da vida social, da estrutura do Estado, do Direito, enfim, em todos os níveis. Toda transição, independentemente de sua natureza, requer um período de adaptação, de acomodação, de reorganização, para atuar nas situações novas que se estabeleceram.

Transição paradigmática implica em transformação de um modelo em outro e segundo Boaventura de Souza Santos,²⁷⁹ os paradigmas “nascem, desenvolvem-se e morrem” e “ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que há de lhe suceder.”²⁸⁰

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009, p.15.

²⁸⁰ Esclarece ainda que: “A definição da transição paradigmática implica a definição das lutas paradigmáticas, ou seja, das lutas que visam aprofundar a crise do paradigma dominante e acelerar a transição para o paradigma ou paradigmas emergentes. A transição paradigmática é um objectivo de muito longo prazo. Acontece que as lutas sociais, políticas e culturais, para serem credíveis e eficazes, têm de ser travadas, em cada uma das gerações, com capacidade e vontade para travar.

No campo do direito da criança e do adolescente, Françoise Dekeuwer-Défossez aponta que:

se historicamente se pode afirmar que sempre existiu um Direito da Infância, ele consistia mais num conjunto de direitos que os adultos tinham sobre as crianças. O Direito Romano, como o antigo Direito Francês, via na criança o objeto do poder paternal e o futuro da linhagem. Isto é, a criança não era considerada como titular de direitos. No século XIX, dá-se uma tomada de consciência da necessidade de proteger a criança contra a sua família e seus empregadores, por exemplo. Até ramos do Direito particularmente evoluídos, como o Direito Penal dos menores ou o da assistência educativa, que podem ser datados depois da Segunda Guerra Mundial, visam a criança mais como objeto de educação do que como sujeito de direitos.²⁸¹

Embora seja muito difícil estabelecer o momento da passagem de um paradigma para outro, porque, como Boaventura de Souza Santos afirma, “a passagem entre paradigmas – a transição paradigmática – é assim, semicega e semi-invisível”,²⁸² é certo que a partir da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1979 iniciou-se um ciclo legislativo importante e que indica uma mudança radical de direção, na concepção do Direito da Criança e do Adolescente, que passaram de objetos de proteção para sujeitos de direitos.

O Novo Direito da Criança e do Adolescente chegou ao País, formalmente, pela Constituição Federal de 1988 e depois pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, rompendo com a doutrina da situação irregular, de práticas paternalistas e assistencialistas adotando-se a doutrina da proteção integral, mais democrática, descentralizada e orientada pelo princípio do interesse da criança.

Neste sentido, Emilio García-Méndez esclarece:

Se considerarmos o caráter de revolução copernicana da mudança de paradigma da situação irregular à proteção integral, sobretudo no sentido da diminuição radical da discricionariedade na cultura e práticas de “proteção” (lembre-se que a história é muito boa ao mostrar as piores atrocidades

Por esta razão, as lutas paradigmáticas tendem a ser travadas, em cada geração como se fossem subparadigmáticas, ou seja, como se ainda se admitisse, por hipótese, que o paradigma dominante pudesse dar resposta adequada aos problemas para que eles chamam a atenção. A sucessão de lutas e a acumulação de frustrações vão aprofundando a crise do paradigma dominante, mas, em si mesmas, pouco contribuirão para a emergência de um novo paradigma ou de novos paradigmas. Para que isso ocorra, é necessário que se consolide a consciência da ausência de lutas paradigmáticas. Essa consciência é tornada possível pela imaginação utópica. A consciência da ausência é a presença possível das lutas paradigmáticas no seio das lutas subparadigmáticas.” (SANTOS, B. S., op. cit., p. 19).

²⁸¹ DEKEUWE-DÉFOSSEZ, Françoise (1991). **Le droits de l'enfant**. Paris: PUF, 'Que-sais-je? – 852, (5ª ed.: 200), p. 126. Apud: MONTEIRO, Reis A. op. cit., p. 105.

²⁸² SANTOS, B. S. op. cit., p. 15.

contra a infância cometidas muito mais em nome do amor e da proteção, que em nome explícito da própria repressão), é necessário admitir que o direito (a Convenção) desempenhou um papel decisivo na objetivação das relações da infância com os adultos e com o Estado.²⁸³

No modelo anterior (do Código de Menores), o acesso ao Judiciário para crianças e adolescentes era limitado aos casos das denominadas “patologias sociais”, ou seja, quando o “menor” se encontrasse em situação irregular, que se caracterizava por falha de sua família ou do próprio “menor”. A atuação judicial, portanto, estava limitada às situações em que a criança e o adolescente já estivessem em situação de conduta social irregular (como abandono, maus tratos, mendicância ou prática de crimes etc.), de modo que, nestas circunstâncias, se justificava a intervenção do Estado, por meio do Judiciário. Um pedido judicial para que a criança ou adolescente tivesse acesso à escola, ao lazer, certamente não teriam condições de prosperar.

Ao judiciário estavam reservadas funções atípicas, assistencialistas, incompatíveis com sua função de distribuidor da Justiça. Era mais uma atividade administrativa, inclusive com amplos poderes para adotar as providências que entendesse mais adequadas ao caso, do que propriamente atividade judiciária. O que se fazia antes do Estatuto era política de assistência social voltada para crianças e adolescentes.

Amaral e Silva esclarece:

A competência da Justiça especializada era determinada pela “situação irregular do menor”. O viés surge da própria nomenclatura que, tecnicamente equivale a ilegal, contrária à lei.

Abandonado, maltratado, ou negligenciado, o menino não está em situação irregular. Quem se encontra nessa situação, isto é, na ilegalidade, é quem abandona, maltrata, negligencia.

O novo Direito da Proteção Integral é invocado aplicando-se subjetivamente suas normas na hipótese de situação irregular do Estado, da família ou da sociedade.

O menino e o jovem não são mais vistos em posição passiva, como objetos da intervenção estatal e sim como sujeitos ativos de direito na relação jurídica em que figuram no polo passivo aqueles que ameaçarem ou violarem seus direitos.

²⁸³ MENDEZ, Emílio Garcia. **Infância, Lei e Democracia**: “Uma Questão de Justiça.” Disponível no site: <http://www.abmp.org.br/textos/2509.htm>. Acesso em: 20/04/2011.

A competência da Justiça da Infância e da Juventude e a incidência do Direito da Criança e do Adolescente se fixa como nos demais ramos, pela ameaça ou violação do direito subjetivo.²⁸⁴

Diante dessa nova realidade jurídica estabelecida, a Justiça da Infância e da Juventude adquiriu um novo papel, não mais de executor de políticas da população infantojuvenil e nem atividades paternalistas e assistencialistas ou meramente tutelares. Passou a exercer funções típicas, ou seja, de compor lides, decidir interesses, dirimir conflitos de sujeitos de direitos. Em síntese, passou a julgar.

A atuação do juiz passou a ser realizada nos autos do processo, dentro de um sistema de garantias, que permite, por exemplo, que o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional tenha a oportunidade de apresentar defesa técnica e produzir suas provas. O acolhimento institucional passou a ser judicializado, inclusive, com a instauração de processo contencioso, com direito ao contraditório, ampla defesa e participação dos pais e da criança ou adolescente.²⁸⁵

Boaventura de Souza Santos assinala que no caminho da transição paradigmática corre-se o risco de estar sempre mais perto do paradigma dominante do que do que paradigma emergente.²⁸⁶

A mudança do paradigma legal implica na mudança de ação, na modificação de condutas, numa transformação radical do sistema de Justiça da Infância e da Juventude, em especial na figura do Juiz. Segundo o magistrado João Batista Saraiva:

Há sim, um Novo Direito e na aplicação desse Novo Direito há que existir um Novo Juiz.

O perfil do Juiz, neste Novo Direito, pressupõe um operador qualificado, com sólido conhecimento de Direito Constitucional, na medida em que lida com Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, havendo de transitar com naturalidade pelo Mundo Jurídico com domínio das regras fundantes deste Sistema.

Não está o Juiz deste Novo Direito atuando em uma esfera parajudicial, ou meramente administrativa, mas de pleno exercício da jurisdição, cumprindo o papel de julgador de conflitos, seja na órbita cível, seja na órbita criminal. É exigível conhecimentos sólidos para que possa atuar no Direito Penal Juvenil, incorporando garantias e prerrogativas próprias do Direito Penal e do Processo Penal, mesmo que na área da Infância e da Juventude não se cogite de penas, mas sanções de natureza própria.

²⁸⁴ SILVA, Antonio F. do Amaral. O Estatuto, O Novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: SOMONETTI, Cecilia; BLECHEER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [compiladores]. **Do Averso ao Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, p. 273.

²⁸⁵ ECA. Art. 101, § 2º.

²⁸⁶ SANTOS, B. S. op. cit., p. 17.

Na mesma intensidade no que respeita aos direitos fundamentais atinentes às garantias de convivência familiar e comunitária, por exemplo, a pressupor sólidos conhecimentos de Direito Civil e Processual Civil. Igualmente há que estar habilitado para pronunciar-se nos conflitos que versem sobre Direitos Coletivos ou Difusos, onde prevaleça o interesse da criança, conflitos estes afetos a este segmento especializado do Direito. Portanto, o perfil deste Juiz para aplicação deste Novo Direito, onde o poder judiciário é recolocado no devido papel que o sistema de tripartição de poderes lhe impõe, supõe um profissional altamente qualificado.

É evidente que o Novo Direito, a nova realidade jurídica, não se limita na renovação das práticas ultrapassadas por parte do Juiz. A Nova ordem impõe novos desafios para todo o Sistema de Justiça, como Ministério Público, a Defensoria, equipes técnicas etc.

Nesse contexto de adequação e renovação, é preciso inserir o princípio da prioridade absoluta.²⁸⁷ A Constituição Federal impõe a todos, família, sociedade e Estado, o dever de atender com prioridade os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A norma, por óbvio, é aplicável também ao Judiciário, como parte da estrutura do Estado. Significa dizer que procedimentos judiciais envolvendo direitos de crianças e adolescentes não podem mais ficar aguardando a melhor oportunidade, uma vez que estão submetidos a uma tramitação privilegiada, prioritária, em todos os graus de jurisdição. Decorre daí, também, que os recursos destinados à criação e estruturação das varas de infância e juventude, devem ter preferência, de modo a que se possa dar efetividade ao princípio constitucional da prioridade absoluta.

Com a nova ordem jurídica, a ausência ou a sua oferta irregular de serviços públicos destinados ao atendimento dos direitos infantojuvenis podem ensejar a propositura de ações civis públicas ou outras pertinentes,²⁸⁸ com objetivo de assegurar serviços como de ensino, de pré-escola, serviços de saúde, inclusive de apoio e promoção social de famílias e aqueles destinados ao “pleno exercício do direito à convivência familiar”, entre outros.²⁸⁹

Ainda no âmbito do direito à convivência familiar, cabe ao juiz exercer rigoroso controle dos prazos estabelecidos em lei, como as reavaliações dos acolhimentos, a cada seis meses,²⁹⁰ o prazo máximo de acolhimento de dois

²⁸⁷ Constituição Federal. Art. 227.

²⁸⁸ ECA. Art. 212.

²⁸⁹ ECA. Art. 208.

²⁹⁰ ECA. Art. 19, § 1º e 92, § 2º.

anos,²⁹¹ a comunicação dos acolhimentos no prazo de vinte e quatro horas,²⁹² a propositura pelo Ministério Público das ações de destituição do poder familiar no prazo de trinta dias,²⁹³ o julgamento dos processos de destituição do poder familiar no prazo de cento e vinte dias,²⁹⁴ o julgamento dos recursos no prazo de sessenta dias,²⁹⁵ a manutenção atualizadas dos cadastros.²⁹⁶

Ao Judiciário, portanto, pela nova ordem jurídica, foram reservadas importantes funções de efetivação dos direitos da criança e do adolescente, inclusive, no que diz respeito ao direito fundamental da convivência familiar. É, sim, corresponsável pela rápida adoção de medidas que permitam garantir a milhares de crianças e adolescentes o direito de crescerem e serem educados dentro de uma família.

4.2.2 Interdisciplinaridade

Certamente, uma das grandes alterações promovidas pelo novo paradigma de atendimento aos direitos da criança e do adolescente é a democratização, a descentralização, além da interdisciplinaridade.

A interdisciplinaridade vem na contramão da especialização acentuada em algumas áreas do conhecimento científico, no sentido de, para não se perder a noção do conjunto (macro), ampliar o campo de visão, de análise, com a contribuição de outras áreas do conhecimento sobre determinado tema.

Assim, o Direito, como ciência social, inclina-se a outros ramos do conhecimento. Sua aplicação depende, cada vez mais, de elementos científicos e do conhecimento das mais diversas áreas. Quando se trata do direito da criança e do adolescente, bem como do direito de família, em que as questões são, normalmente, muito complexas, impossível fazer qualquer análise, sem a perspectiva de uma abordagem interdisciplinar. A abordagem fragmentada, desarticulada, isolada, como no modelo da doutrina da situação irregular, produziu efeitos desastrosos.

Luiz Edson Fachin propõe que:

²⁹¹ ECA. Art. 19, § 2º.

²⁹² ECA. Art. 93.

²⁹³ ECA. Art. 101, § 10.

²⁹⁴ ECA. Art. 163.

²⁹⁵ ECA. Art. 199-D.

²⁹⁶ ECA. Art. 101, § 11; art. 197-E; art. 50 *caput*; art. 50, § 5º e § 8º.

Os profissionais da área do Direito, advogados, juizes, membros do Ministério Público, entre outros, devem estar preparados para uma abordagem aberta e interdisciplinar. A família é, antes de tudo, uma realidade sociológica, daí porque a importância do estudo das disciplinas formadoras (História, Sociologia, Antropologia, Filosofia) ao começo do curso de graduação em Direito. Além disso, em três vertentes deve se assentar a formação jurídica: técnica (conhecer bem os instrumentos de trabalho), ética (apresentar uma percepção deontológica geral, no plano ético pessoal, profissional e coletivo), e humanista (compreender que o estudo não se resume à decoração de procedimentos e técnicas, pois a vida não repete casos e situa es, sendo inelimit vel a complexidade das condi es humanas subjetivas).²⁹⁷

A complexidade das rela es humanas, em especial, envolvendo crianças e adolescentes e suas famílias, necessariamente, não pode ser limitada   visão estritamente jurídica, mas deve compreender uma visão muito mais ampla,²⁹⁸ abrangendo áreas importantes como a psicologia, assistência social, psiquiatria, pedagogia etc.

A Justiça da Infância e da Juventude, portanto, para bem desempenhar suas fun es, além de ter varas especializadas, estruturadas, juizes preparados e vocacionados, precisa estar respaldada por equipes técnicas interdisciplinares.

As equipes técnicas interdisciplinares não se constituem em novidade. O primeiro Código de Menores, de 1927,²⁹⁹ já previa uma espécie de equipe técnica, composta de médico, psiquiatra, advogado e comissários de vigilância.

A ideia foi abandonada pelo antigo Código de Menores, mas ressurgiu, com muito mais vigor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê uma equipe técnica destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.³⁰⁰

²⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115-116.

²⁹⁸ "Dentre as vantagens do enfoque interdisciplinar, podem ser sintetizados que somente através dele será possível uma certa identifica o entre o real e o estudado, resultado da inter-rela o de variadas experiências, possibilitando um situar-se no mundo de hoje, de forma crítica. O aporte de várias disciplinas faz-se necessário ao desempenho profissional do jurista, além de possibilitar adapta es e criar possibilidades de novos domínios, notadamente ante a amplitude e diversidade do conhecimento jurídico. A interdisciplinaridade propicia ao sujeito cognoscente a passagem de uma subjetividade, recuperando a ideia inicial da cultura que   a forma o do homem total, inserido na realidade, cujo papel   tornar-se agente de mudança." (FÁVERO, Dioc lia da Graça Mesquita. A Interdisciplinaridade, sua importância na forma o e sua aplica o ao Direito de Família. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2006, p. 32).

²⁹⁹ Art. 118, do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

³⁰⁰ ECA. "Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elabora o de sua proposta orçamentária, prever recursos para manuten o de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude."

Entre as atribuições destinadas à equipe interprofissional³⁰¹ estão as de fornecer elementos, por escrito ou verbalmente, elaborar laudos técnicos, levantar dados, promover avaliações, com a finalidade de subsidiar as decisões judiciais e torná-las mais justas ou adequadas.³⁰²

A equipe técnica interdisciplinar, pela nova sistemática, tem um papel fundamental na Justiça da Infância e da Juventude. Não se pode conceber um sistema de Justiça de Infância e Juventude, que se fundamenta na doutrina da proteção integral, em que crianças e adolescentes devem ser respeitados com sujeitos de direitos, sem a participação de profissionais de outras ciências, como psicólogos, assistentes sociais, médicos, pedagogos etc. A falta desses profissionais nos conduz, novamente, ao modelo anterior (da doutrina da situação de risco), centralizado na figura do Juiz, cujas decisões dispensavam avaliações técnicas, e, como se sabe, revelaram-se desastrosas para milhares de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para sua implantação e manutenção.³⁰³ O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 02, de 25 de abril de 2006,³⁰⁴ “considerando a necessidade de acompanhamento profissional especializado em diversos tipos de ação que envolvem menores previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo das que versam sobre perda e suspensão do poder familiar”, determinou aos tribunais de justiça, no prazo de seis meses, a implantação das respectivas equipes interdisciplinares. Lamentavelmente, apesar do princípio constitucional da prioridade

³⁰¹ ECA. “Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.”

³⁰² “Na prática da interdisciplinariedade, duas ou mais disciplinas estabelecem intencionalmente conexões para alcançar um conhecimento mais abrangente e profundo, embora cada disciplina mantenha sua identidade, conserve sua metodologia e observe os limites de sua área. Mas, há um intercâmbio de hipóteses e elaboração de conclusões que possam induzir a uma ação comum e concertada.” (NOGUEIRA Neto, Wanderlino. O Sistema de Justiça e seus Desafios Político-Institucionais: A Garantia do Pleno Desenvolvimento dos Adolescentes em Conflito com a Lei. In: ABMP. **Justiça Juvenil sob o Marco da Proteção Integral**: Caderno de Textos. São Paulo: ABMP, 2008, p. 80.

³⁰³ ECA. Art. 150.

³⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Autos de Pedido de Providência nº 80, de 2005. Autor: Sergio Luiz Kreuz.

absoluta (art. 227, da CF), o pedido de providências foi arquivado em 2007,³⁰⁵ sem que a recomendação fosse efetivamente cumprida.

Em 2008, A Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP), em comemoração aos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, realizou um levantamento do Sistema de Justiça da Infância e da Juventude e constatou que vários estados brasileiros não dispunham de equipe interdisciplinar alguma,³⁰⁶ enquanto outros apenas nas capitais,³⁰⁷ e a maioria, em apenas algumas comarcas do interior. Concluiu-se, ainda, que nenhum estado brasileiro contava com equipes técnicas em todas as comarcas e em número suficiente para prestar atendimento razoável.³⁰⁸

É fácil, portanto, concluir que uma das razões pela ineficácia do direito fundamental à convivência familiar está no descumprimento, por parte do Poder Judiciário, do dever de constituição e manutenção de equipes interdisciplinares, em todas as comarcas.

No âmbito da convivência familiar, a efetividade e a célere solução de situações de acolhimento institucional passam, necessariamente, por uma equipe técnica interdisciplinar, bem equipada e bem preparada.

Wilson Donizeti Liberati esclarece:

O juiz, voltado para as tarefas forenses e à aplicação da lei, não tem condições de apurar o contexto socioeconômico-cultural em que se encontram as crianças e os jovens. Deverá valer-se de pessoas com capacidade técnica que possam realizar o estudo social do caso com critério objetivo e científico.

A equipe interprofissional, definida pelo Estatuto, é composta de assistentes sociais, de psicólogos, de educadores, de psiquiatras e outros especialistas. Há a necessidade de recursos, alocados pelo Poder Judiciário, destinados a prover os cargos desses técnicos, que são o “braço direito” da autoridade judiciária, oferecendo importantes subsídios para a solução dos casos.

São eles que levantarão a história da criança ou adolescente, sua vida com a família, o meio onde vive, a infração que cometeu, com a finalidade de detectar a causa social que originou a situação de risco pessoal e de apresentar ao juiz o correspondente laudo.³⁰⁹

³⁰⁵ De acordo com o site do CNJ. (<http://www.cnj.jus.br>).

³⁰⁶ Ceará e Rio Grande do Norte.

³⁰⁷ Acre, Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Piauí, Tocantins e Pará.

³⁰⁸ ABMP. **O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**: Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. Brasília: ABMP, 2008, p. 44-72.

³⁰⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174-175.

Assim, uma decisão judicial de desacolhimento institucional, normalmente, precisa passar pela análise da equipe técnica, que tem a atribuição de avaliar os reais motivos do acolhimento, as condições da família natural, da família extensa, bem como se há alternativas interessantes para a criança ou adolescente, além do acolhimento institucional. Não havendo condições para o desacolhimento, cabe-lhe indicar os caminhos para uma solução, inclusive, se for o caso, sugerindo a destituição da autoridade parental.

Impossível, portanto, uma decisão segura, sem a contribuição da equipe interdisciplinar. A sua falta, a precariedade ou despreparo, tem, como consequência lógica, no mínimo, a ampliação do prazo de acolhimento institucional, não raras vezes, desnecessário.

A implantação de equipes técnicas em número adequado e suficiente em todas as comarcas é condição mínima e indispensável para o respeito dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em especial o da convivência familiar. A ausência desta estrutura se mostra ainda mais grave, à medida que parte do próprio Poder Judiciário, que tem o dever de exigir que outras esferas da administração pública supram a falta de políticas públicas de assistência social, saúde, segurança, habitação etc., acaba dando péssimo exemplo, ao não cumprir com suas funções prioritárias.

Entre as medidas judiciais mais comuns que tramitam pela Justiça da Infância e da Juventude, estão aquelas que, para fins de proteção, visam a destituição do poder familiar, como também os pedidos de habilitação para adoção e as ações de adoção. Em todos os casos, a intervenção da equipe interdisciplinar é imprescindível. Não se pode, por exemplo, deferir um pedido de habilitação para adoção, sem que tenha havido a necessária avaliação técnica, sob vários aspectos, como o psicológico, social, moral etc., o que só pode ser feito por equipe interprofissional,³¹⁰ sem falar da preparação, que hoje é obrigatória.³¹¹

A colocação em família substituta depende de preparação e acompanhamento da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude,³¹² os pedidos de adoção³¹³ e destituição do poder familiar,³¹⁴ da mesma forma, exigem a

³¹⁰ ECA. Art. 197-C.

³¹¹ ECA. Art. 197-C, §§ 1º e 2º.

³¹² ECA. Art. 28, §§ 5º e 6º.

³¹³ ECA. Art. 46, § 4º.

intervenção da equipe interdisciplinar, porque sua falta ou insuficiência causa enormes prejuízos ao direito fundamental da convivência familiar.

Não se pode esquecer, ainda, que após o acolhimento institucional, a responsabilidade pela criança e adolescente passa a ser quase que exclusivamente do Judiciário, que tem prazos para decidir,³¹⁵ mas que, como se sabe, só serão respeitados, se houver condições materiais e humanas para isso.

A adequada preparação das equipes interdisciplinares é outro aspecto fundamental o que é, aliás, uma exigência do Estatuto da Criança e do Adolescente.³¹⁶ Não basta ter conhecimentos teóricos. A experiência é fundamental, até mesmo para uma adequada avaliação, evitando-se a proposição de medidas paliativas ou inúteis, que, normalmente, só prorrogam a permanência de crianças e adolescentes nas unidades de acolhimento. Daí, a necessidade de cargos para composição de equipes interdisciplinares serem preenchidos por meio de concurso público,³¹⁷ com pessoas devidamente preparadas para, com o exercício da atividade, adquirirem a experiência, tão importante, nestas questões complexas que envolvem crianças e famílias.

Cogitou-se, inclusive, pela Recomendação 02, do Conselho Nacional de Justiça, da realização de convênios com universidades, ou até mesmo a terceirização desses serviços. Não parece ser esta a alternativa que melhor atenda aos interesses de crianças e adolescentes.³¹⁸ Não basta a elaboração de laudos técnicos (periciais), mas, na maioria das vezes, é necessário o acompanhamento sistemático da família, da criança ou do jovem. No entanto, com a constante substituição dos técnicos, o que acontece, com frequência, quando o serviço não é executado pelo próprio Judiciário, perdem-se elementos importantes, além de conhecimentos e experiências acumuladas, só adquiridas com o exercício da atividade, ao longo do tempo.

³¹⁴ ECA. Art. 160, § 1º.

³¹⁵ ECA. Art. 163.

³¹⁶ ECA. "Art. 92, § 3º. Os entes federados, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão conjuntamente a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional e destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar."

³¹⁷ Exigência, inclusive, Constitucional (Art. 37, II, da CF).

³¹⁸ Neste sentido, também, posicionou-se a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude. (ABMP, op. cit., p. 81).

Em boa hora, a Lei 12.010, de 2009, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a exigir também das unidades de acolhimento institucional ou familiar, como os programas de famílias acolhedoras, a constituição de equipes técnicas interdisciplinares,³¹⁹ com obrigação de apresentar o plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar. As equipes técnicas nas unidades de acolhimento representam significativo avanço no atendimento às crianças e adolescentes afastados de suas famílias. O contato constante com as crianças e adolescentes acolhidos, por meio de profissionais qualificados, certamente, trará subsídios importantes para uma decisão mais próxima das necessidades desta população.

A efetividade do princípio fundamental do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes passa, portanto, pela adequada estruturação e implantação de equipes técnicas interdisciplinares, com servidores concursados, preparados para o atendimento de crianças, adolescentes e suas famílias. Infelizmente, o princípio constitucional da prioridade absoluta, depois de tantos anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não mereceu a atenção devida, nem mesmo na esfera Judicial.

4.2.3 O papel do juiz e do Judiciário na garantia do Direito à Convivência Familiar

Antes de ingressar na análise da contribuição do juiz e do Judiciário na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, em especial do direito à convivência familiar, faz-se necessário um breve resgate histórico.

O primeiro tribunal de menores foi criado nos Estados Unidos, em Illinois, em 1899.³²⁰ O acontecimento foi, em parte, motivado pelo conhecido caso Mary Ellen. Em 1874, Mary Hellen Wilson, de nove anos de idade, filha de pai falecido na Guerra Civil, foi abandonada pela mãe, que a entregou ao Departamento de Caridade de Nova York. Posteriormente, a criança foi entregue aos cuidados de uma suposta madrastra e de seu companheiro, onde foi vítima de negligência, violência e maus

³¹⁹ Art. 101, § 4º e § 5º, do ECA.

³²⁰ MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998, p. 51.

tratos. Na época, não havia precedentes que autorizassem a intervenção do Estado nas relações familiares.³²¹ Diante dessa situação, como ainda não existiam entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente, nem legislação própria, uma assistente social da Igreja Metodista, iniciou uma luta para salvar a criança, que tinha peso e altura de cinco anos e estava totalmente desnutrida. Por meio da Sociedade Americana de Proteção aos Animais, com base na Lei de Proteção aos Animais, com o argumento de que fazia parte do reino animal e, por essa razão, também merecia a proteção, em face da ineficiência de seus “proprietários,” obteve êxito na Justiça, que a afastou da família.³²² O fato deu início à luta em favor dos direitos da criança e do adolescente.

Mendez³²³ explica que, no início do século XX, os tribunais de menores tornaram-se comuns em número relativamente grande de países, entre os quais, o Brasil. O Juizado de Menores do Rio de Janeiro, primeiro do Brasil, foi criado em 20 de dezembro de 1923, tendo sido nomeado como primeiro juiz, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.³²⁴ Esclarece, ainda, que o Primeiro Congresso Internacional de Menores, realizado entre 29 de junho e 1º de julho de 1911, na cidade de Paris, foi a alavanca que impulsionou a criação dos tribunais por todo mundo, inclusive no Brasil e América Latina.

Naquele Congresso, o deputado membro da Academia Francesa, Paul Deschanel, no discurso de abertura, declarou:

Hoje me sinto feliz de poder transmitir uma fé profunda ao futuro dos tribunais para crianças. Tenho a certeza de que em alguns anos todos os países civilizados os terão completamente organizados. Esses tribunais se transformarão, em todas as partes, em centros de ação para a luta contra a criminalidade juvenil. Não somente ajudando-os a recuperar a infância

³²¹ BIDARRA, Zelimar Soares; OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Um Capítulo Especial na História da Infância e da Adolescência: O Processo de Construção do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade. In: LAVORATTI, Cleide [org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência: O germinar de uma experiência coletiva.** Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2007, p. 165-167.

³²² PIRES, Ana L. D. e MIYAZAKI, Maria C. O. S. **Maus Tratos Contra Crianças e Adolescentes: Revisão da Literatura para Profissionais da Saúde.** Disponível no site: <http://cienciasdasaude.famerp.br/Vol-12-1/08%20-%20id%20102.pdf>. Acesso em: 06/06/2011.

³²³ MENDEZ, Emílio Garcia. **Infância e Cidadania na América Latina.** São Paulo: Editora Hucitec, 1998, p. 52.

³²⁴ O primeiro Código de Menores, promulgado em 12 de outubro de 1927, deve-se em grande parte à atuação do jurista, a tal ponto que se tornou conhecido como Código Mello Mattos (Decreto nº 17.943-A). Destinava-se, principalmente a combater a exploração dos menores. Posteriormente foi eleito vice-presidente da Associação Internacional de Juízes de Menores, com sede em Bruxelas – Bélgica e faleceu em 03 de janeiro de 1934.

decaída, mas também a preservar a infância em perigo moral. Esses tribunais poderão transformar-se, além disso, em auxiliares da aplicação das leis escolares e das leis do trabalho. Em torno deles se agruparão as obras admiráveis da iniciativa privada, sem as quais a ação dos poderes públicos não poderia ser eficaz. Ao mesmo tempo que mantêm a repressão indispensável, subministrarão uma justiça iluminada, apropriada aos que devem ser julgados. Serão, ao mesmo tempo, a melhor proteção da infância abandonada e culpável e a salvaguarda mais eficaz da sociedade.³²⁵

Mendez afirma que referido Congresso teve grande influência na América Latina. A ideia central que permaneceu foi a de que ao Estado estava reservada a função do controle sociopenal dos menores, embora crianças ainda estavam muito longe de serem considerados como sujeitos de direitos, no máximo, objetos de compaixão. O problema dos menores abandonados ainda era um problema da filantropia, não do Estado e muito menos do Judiciário.

No mesmo Congresso, o delegado belga, Prof. A. Prins, declarou que a “jurisdição de menores deve possuir caráter familiar e que o juiz de menores deve ser um pai e um juiz de vigilância.”³²⁶

Embora já se sentisse a necessidade de especialização dos tribunais de menores, a visão paternalista da atividade dos juizes ainda era a ideia central, como esclarece um jurista brasileiro, do início do século XX:

O caráter principal desses tribunais (de menores) é a simplicidade. Simplicidade na organização. Simplicidade nas práticas de julgamento. Simplicidade na aplicação das medidas de caráter coercitivo... (um) tribunal numeroso equivaleria à morte dessa luminosa criação. Basta um juiz para julgar. Porém, esse juiz deve ser exclusivamente um juiz para menores: não deve, não pode, exercer outra função (...) Tais juizes têm função espinhosa e difícilíssima de se familiarizar com esse mundo misterioso e, talvez, impenetrável, que é a alma infantil. Cada um deles será um juiz calmo e amoroso, dedicado a seu sacerdócio, juiz-pai é a expressão que melhor deveria caracterizá-lo. Nada de formalidades prejudiciais. Nada de requisições públicas. Nada de acusação e de defesa.³²⁷

A ausência de políticas públicas, a falta de recursos, aliada à falta de oportunidades para a população infantojuvenil, a não distinção entre jovens infratores e abandonados, em especial, a partir da década de 1960, contribuiu para empurrar para os juzizados de menores a competência, não só para aplicar as

³²⁵ Actas. Tribunaux our Enfants. Premier Congrès Internacional. Edição a cargo de M. Kleine. Paris: Imprimerie Typographique A. Davy, 1912. Apud MENDEZ, Emilio Garcia. Op. cit., p. 54.

³²⁶ Apud MENDEZ, Emilio Garcia. Op. cit., p. 56.

³²⁷ BRITO, Lemos. **Os Sistemas Penitenciários do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional (3 tomos), 1924. Apud MENDEZ, Emilio Garcia. Op. cit., p. 59.

medidas punitivas, mas também a política assistencialista em favor dessa população infantojuvenil. O Executivo abandonou as políticas públicas para os jovens, função que foi sendo gradativamente assimilada pelos juizados de menores e que culminaram com a política de abrigamentos em massa, normalmente, em parceria com movimentos sociais e religiosos, como já suficientemente descrito anteriormente.

Mendez conclui que, desde a criação do primeiro tribunal de menores, em 1899 (EUA) até a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, em 1989, “constitui longa marcha que pode ser resumida na passagem da consideração do menor como objeto da compaixão-repressão à criança-adolescente como sujeito pleno de direitos.”³²⁸

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude, também conhecidas como regras de Beijing,³²⁹ estabelecem:

1.4. A Justiça da Infância e da Juventude será concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada no marco geral de justiça social para todos os jovens, de maneira que contribua ao mesmo tempo para a sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade.³³⁰

Com as convenções internacionais tratando dos direitos das crianças, com a redemocratização do País, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que introduziram no Brasil um novo paradigma no direito da criança e do adolescente, também se modificaram toda estrutura da justiça da infância e da juventude, que deixou de ter uma conotação essencialmente assistencialista e paternalista, para se transformar numa justiça comprometida e responsável pela efetividade da nova doutrina, da proteção integral, de promoção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Até o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação destinada à população infantojuvenil, caracterizava-se como um instrumento de execução de políticas sociais para crianças pobres, abandonadas, muitas vezes, criminalizando a

³²⁸ MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit. p. 72.

³²⁹ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

³³⁰ Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude (AJIJ). **Coletânea de Leis da Área da Criança e do Adolescente**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 26.

pobreza. O Sistema de Justiça se adaptou comodamente a esta situação, avocando atribuições assistencialistas e compensatórias.

O fato é que se está num novo momento histórico, sob um novo paradigma. Deixa-se de lado o direito da compaixão e da repressão para um sistema de garantias em que criança e adolescente são tratados como sujeitos de direitos.³³¹

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que tem como objetivo ofertar a todos as mesmas condições de progresso, em especial a partir da Constituição de 1988,³³² acabou por levar ao Judiciário demandas coletivas, com a finalidade de concretizar os direitos sociais, obrigando o Estado a prestar os serviços públicos, conferindo também ao Judiciário condições de atuar na efetivação dos direitos fundamentais.

Eugênio Facchini Neto esclarece que:

Com o advento do Estado Social e democrático de Direito, o Estado assume tarefas de promoção social, passando a intervir na economia e na sociedade. Isso acarreta um certo agigantamento do Legislativo (aumenta enormemente a quantidade de legislação extravagante, surgem os microssistemas) e do Executivo (que se viu obrigado a descentralizar-se, criando organismos adequados para a prestação de serviços que o Estado chamou a si). O Direito deixa de ser apenas “protetor” (esfera do lícito) ou “repressor” (esfera do ilícito), para tornar-se também um Direito Promocional (e aqui estamos nos dirigindo apenas às constituições dirigentes), um direito que indica objetivos a serem executados. O modelo das regras passa a conviver com o modelo dos princípios, das cláusulas gerais, dos valores, dos conceitos indeterminados. O Direito se torna fluído e dúctil. A responsabilidade pelo preenchimento do seu conteúdo passa parcialmente do legislador para o intérprete e aplicador.³³³

Neste contexto histórico de positivação (Constituição, Convenções Internacionais, Leis Específicas, como o ECA etc.) e universalização dos direitos humanos, o Judiciário, também, passa a ser chamado para uma função transformadora, muito mais ampla.

Facchini Neto esclarece que o juiz, como guardião da Constituição, não tem só a missão de garantir o que já existe, mas também de garantir aquilo que ainda não existe, no sentido de compelir os demais poderes a implementar as políticas

³³¹ MENDEZ, Emilio Garcia. Op. cit., p. 72.

³³² Constituição Federal. “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³³³ FACCHINI NETO, Eugênio. **Premissas para uma Análise da Contribuição de Juiz para a Efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente.** Disponível no site: <http://pt.scribd.com/doc/53357826/Juizado>. Acesso em: 08/06/2011.

públicas em favor das minorias e dos excluídos, em especial, para a criança e o adolescente, que têm prioridade absoluta.

É por essa razão que a justiça civil (no sentido de jurisdição não penal) passa a ser um instrumento à disposição da cidadania (muitas vezes representada pelo Ministério Público) para fazer implementar políticas públicas, com responsabilidade, consciência e visão prospectiva, atento às naturais limitações de sua atuação (princípio da reserva do possível, princípio da reserva parlamentar, da previsão orçamentária etc.).³³⁴

No âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente,³³⁵ reservaram ao Judiciário importante papel não só da solução de conflitos individuais, mas também nas situações de omissão do Estado, dos pais ou da própria sociedade, notadamente, quando os direitos da criança e do adolescente não estiverem sendo adequadamente atendidos e respeitados.

Luís Roberto Barroso esclarece que

Nesse contexto, a judicialização constitui fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não do ativismo judicial.³³⁶

Barroso esclarece que, embora a expressão *ativismo judicial*, nos Estados Unidos, onde surgiu, tenha assumido uma conotação negativa, no Brasil, está associada a uma ideia de participação mais ativa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, notadamente, quando os demais poderes se mostram omissos. Esclarece, ainda, que a judicialização decorre do próprio desenho constitucional, mas o *ativismo* é uma opção, uma maneira de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance, procurando extrair o máximo do texto

³³⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit. p. 12.

³³⁵ ECA. “Art. 148. A justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] IV. – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209.

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: [...] IX. – de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.”

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao-democracia-supremacia-judicial_11032010.pdf. Acesso em 16/06/2011.

constitucional, até mesmo elaborando regras a partir de princípios e conceitos indeterminados.³³⁷

Não é objeto deste trabalho uma análise crítica acerca dos fundamentos do ativismo judicial, mas o que se observa, nos últimos anos, em especial, por parte do Supremo Tribunal Federal, é uma intervenção acentuada em vários temas de relevância nacional.³³⁸

Quando se trata de direitos da criança e do adolescente, especialmente, aqueles que se referem à sua efetivação, é evidente que seria melhor que o Poder Executivo implementasse as políticas públicas, para assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, evitando-se a intervenção judicial. Ocorre, porém, que isso nem sempre acontece, quando o Judiciário é provocado para suprir a lacuna.

A Constituição dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”³³⁹ Quando esta ameaça ou a lesão envolve direito fundamental de criança e adolescente, como a convivência familiar, saúde, educação, dignidade etc.,³⁴⁰ submetido ao princípio da prioridade absoluta, portanto com preferência sobre qualquer outra política, não se pode reduzir a atuação judicial a de mero espectador, sob pena de transformar a Constituição em peça de ficção.

Celso de Mello explica que a inconstitucionalidade não se opera apenas na ação governamental, mas também na omissão do Estado, em não prestar ou ofertar o serviço público, para a garantia dos direitos fundamentais.³⁴¹

³³⁷ BARROSO, L. R. Op. cit. pág. 09-10.

³³⁸ Exemplos: uniões homoafetivas, fidelidade partidária, células tronco, nepotismo etc.

³³⁹ Constituição Federal. Art. 5º, XXXV.

³⁴⁰ Constituição Federal. Art. 227.

³⁴¹ “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *‘facere’* (atuação positiva), gera inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *‘non facere’* ou *‘non prestare’*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) – A omissão do estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

Neste contexto, já não se admite a figura do juiz comodista, resignado, apático, escondido por detrás de uma confortável posição de neutralidade judicial. O juiz já não pode ser indiferente aos fatos sociais, como aqueles monges de Constantinopla que, vendo Maomé II com seus turcos arrombando as portas e invadindo a cidade, permaneceram discutindo questões absolutamente irrelevantes, como se nada estivesse acontecendo. É dever de todos, família, sociedade e Estado dispensar sua contribuição para o respeito dos direitos da criança e do adolescente.³⁴²

Ao juiz, pela experiência adquirida, pelo conhecimento técnico, pelo prestígio que o cargo lhe confere, pelos relacionamentos que mantém, é permitido, muitas vezes, encaminhar soluções, sem que haja a necessidade de atuações processuais.

A efetivação dos direitos da criança e do adolescente não dispensa a atuação política do juiz, não no sentido político-partidário, mas no sentido de buscar alternativas, soluções negociadas para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente.³⁴³ Perlingieri diz que “o Juiz da Infância e da Juventude deve saber instaurar relações adequadas, especialmente com entes locais, exercendo uma função de ligação, de estímulo e promoção, evitando possíveis crises de identidade.”³⁴⁴

Naiara Brancher esclarece, ainda:

O juiz da área da infância e da juventude deve ser socialmente comprometido com a luta de crianças e adolescentes que têm seus direitos violados ou ameaçados por descaso do Poder Público e da sociedade. A atuação do juiz na comunidade pode vir a constituir ferramenta de grande importância para a implementação das políticas sociais de proteção à

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1458 MC/DF. Relator: Celso de Mello. J. em 23/05/1996. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 16/06/2011.

³⁴² Constituição Federal. Art. 227.

³⁴³ “Nunca é demais enfatizar a fisionomia dirigente da Constituição do Brasil de 1988. Ela reclama um juiz protagonista, não um convidado de pedra. (...) O juiz é o principal destinatário dessa normatividade fundante dirigente. Pois é ele o concretizador das mensagens normativas do constituinte. Depende do juiz implementar a Constituição ou torná-la mera proclamação retórica, destituída de sentido. A Constituição, mais do que nunca, é aquilo que os juízes dizem que ela é. (...) E diante da clareza do texto constitucional o juiz não pode recusar a constatação de que está protagonizando política. Evidente que não é a política partidária, a cuja atividade não pode dedicar-se o juiz brasileiro. Mas é a política de incursão nunca antes admitida em temas sensíveis à condução da política nacional. Em outros termos, ocorre no Brasil o fenômeno já detectado em outros Estados-Nação e conhecido por judicialização da política e politização da justiça.” (NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33-34).

³⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1006.

infância, bem como para a implantação dos programas socioeducativos, de apoio sociofamiliar, de colocação em família substituta, entre outros. O magistrado deve colocar à disposição da sociedade seu conhecimento técnico-jurídico, com a finalidade de colaborar na busca de soluções às deficiências existentes no atendimento a crianças e adolescentes e, acima de tudo, utilizar-se do respeito que desfruta na comunidade para incutir, tanto a sociedade quanto o Poder Público, as disposições da Doutrina da Proteção Integral. Essa atividade é eminentemente política, podendo inclusive prevenir litígios.

Uma vez que o magistrado “convence” o prefeito de determinado município da absoluta prioridade na implementação de determinado programa, desnecessário será o recurso à via contenciosa através de ação civil pública que, embora seja medida judicial adequada, ainda é de difícil confirmação em duplo grau de jurisdição.³⁴⁵

Ao tempo em que o juiz, como membro da sociedade, tem o dever de auxiliar na transformação da realidade social de crianças e adolescentes, na esfera judicial, sua conduta também deve ser dirigida em favor da transformação da realidade da criança e do adolescente. A ação judicial não se limita a meras ações tutelares, mas lhe oferece condições de efetiva transformação social. O magistrado não perde sua condição de cidadão, de modo que tem, também, a missão de colaborar na busca de soluções para os graves problemas sociais, muito mais quando afetam crianças e adolescentes.

Felizmente, aos poucos, determinados dogmas vão sendo abandonados, como o de que determinar ao Executivo que atenda aos direitos fundamentais da criança e do adolescente ou execute políticas públicas para prevenção ou proteção, constitui-se em violação ao princípio da separação dos poderes. Gradativamente, os tribunais vão reconhecendo que não se trata de intromissão nas atribuições de outros poderes,³⁴⁶ mas sim, uma forma de dar efetividade ao Direito Constitucional.

³⁴⁵ BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tania da Silva [coord.]. **O Melhor Interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 145-146.

³⁴⁶ “Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. [...] O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem, a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito de torná-la aplicável nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo,

Neste sentido, destaque-se entendimento do Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal:

Não há dúvidas quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente [...] No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. A decisão impugnada apenas determina o cumprimento de política pública constitucionalmente definida.³⁴⁷

A transformação da realidade social envolvendo crianças e adolescentes, em especial, as que se encontram privadas da convivência familiar, implica em tomada de posição, por parte do juiz; depende de uma clara opção preferencial, em favor da criança e do adolescente, que são os destinatários da proteção integral e da prioridade absoluta. Não se pode falar em neutralidade da jurisdição, quando se trata de direito da criança ou do adolescente, já que a Constituição Federal fez esta opção prioritária por eles, como esclarece Jônatas Luiz Moreira de Paula:

Assumindo a postura transformadora, tanto a jurisdição como o processo passarão a ter uma finalidade declarada: a realização da justiça social. Supera-se, assim, a visão de que o processo tem em mira o controle social (sobretudo no processo penal) ou de que o processo visa a unificação do direito positivo ou que se destina a realizar a ordem jurídica. A jurisdição, assim como o processo por que é seu instrumento de realização, visa a transformação da sociedade, incluindo na ordem socioeconômica grupos sociais excluídos. Essa postura revela o caráter teleológico de sua atividade, o que significa inexistir qualquer neutralidade no ofício jurisdicional.³⁴⁸

viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. [...] Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que criança e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 482.611 - SC. Relator: Min. Celso de Mello. J. em 23 de março de 2010. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>. Acesso em 13/06/2011.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 235-0 – Tocantins. Ação Civil Pública nº 72658-0/06. Relator; Gilmar Mendes. Brasília, j. em 08 de julho de 2008. Disponível no site: http://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao_pt.pdf. Acesso em: 13/06/2011.

³⁴⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social:** revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri – SP: Editora Manole Ltda., 2002, p. 169.

Não significa que o Judiciário deva tomar o controle e a iniciativa para implantação das políticas públicas, que, como se sabe, são de competência dos agentes públicos e governantes eleitos pelo povo. Cabe ao Judiciário, sim, realizar o controle, através das ações civis públicas, sempre com vistas a dar eficácia aos preceitos constitucionais.

Neste contexto, o Ministério Público tem papel fundamental, uma vez que a Constituição Federal³⁴⁹ lhe atribuiu a função institucional de promover as ações civis públicas e demais medidas judiciais para garantir o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Na prática, não raras vezes, observa-se que a atividade jurisdicional está mais voltada ao respeito dos direitos dos adultos do que propriamente ao das crianças e dos adolescentes, o que se percebe com maior clareza, no âmbito do direito à convivência familiar, em especial, nos procedimentos de aplicação de medidas de proteção, processos de destituição do poder familiar, pedidos de guarda e assim por diante. Perde-se, muitas vezes, um tempo precioso para a criança e adolescente (que, mesmo acolhidos, continuam crescendo) com medidas inúteis, morosas, burocráticas, somente para atender aos interesses dos adultos, que foram os causadores da situação de risco, da negligência, do abandono, de maus tratos etc., em que a criança ou adolescente foi colocado, como por exemplo, tratamentos para drogadição, extremamente demorados, com resultados imprevisíveis, algumas vezes, sem a adesão regular dos pais. Não se pode perder de vista que o interesse a ser prioritariamente protegido é o da criança e do adolescente e, neste sentido, a jurisdição não é imparcial. Pelo contrário, deve ser parcial, a favor dos interesses da criança, ainda que isso implique contrariar interesses dos adultos.

A Jurisdição faz parte do Estado, é meio de inclusão social, é instrumento de emancipação,³⁵⁰ e, portanto, está inserida na busca dos fins do Estado, que no caso,

³⁴⁹ Constituição Federal. Art. 129, incisos II e III.

³⁵⁰ "O Direito mudou. Se durante a maior parte da história da humanidade, o Direito serviu como mecanismo de contenção, de controle e de conservação, modernamente passou a exercer também uma função promocional. Como refere Cláudia Lima Marques, o Direito também pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia à dignidade da pessoa humana, de combate ao abuso do poder econômico e combate de toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado. O direito, assim, pode ter função emancipatória, que historicamente lhe foi sonogado. Basta que o intérprete disso se conscientize e preste sua adesão ao programa transformador da Constituição Brasileira em vigor.

é o de garantir à criança e ao adolescente o direito fundamental da convivência familiar.³⁵¹

A participação do juiz da infância e da juventude, na vida das unidades de acolhimento, é fundamental. Ter contato com as crianças e adolescentes acolhidos, ouvi-las, participar de suas angústias, é imprescindível. O Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵² atribui ao juiz a função de fiscalizar as unidades de acolhimento, adotando providências para seu regular funcionamento, tudo dentro da legalidade, observando os procedimentos prescritos. Determina, ainda, que o adolescente deve ser ouvido pessoalmente pelo juiz, antes de ser colocado em família substituta.³⁵³ A situação processual, de cada criança e adolescente acolhido, deve ser reavaliada a cada seis meses, evidentemente, com a participação da criança ou adolescente, na medida de sua compreensão.

Luiz Edson Fachin adverte:

Excelências, sejam também ouvidas, ainda que seus sons sejam menores, sussurros de infâncias, pequenos murmúrios de adolescência, e ainda que sejam de um enquanto, de um porvir, de um sol a amadurecer, e de uma lágrima a se compor feito água de batismo. [...] desejam estar no meio da oração entre pai e filha, ser o objeto da alocução materno-filial; querem ser o sujeito oculto do abraço entre irmãos, a mesóclise que constrói pontes na afinidade, na doçura das saudações dominicais, no perdão que vem depois das vírgulas, nos apostos que explicitam o genuíno carinho dos gestos e o seu nome que nada exclui nem apaga; querem ancorar pontos de exclamações depois do riso aberto e franco; querem povoar as reticências com verbos cor de pérola, saltitando entre frases e crases, pondo acentos graves e agudos no português escorregado do calor afetuoso dos ninhos familiares.³⁵⁴

Do ponto de vista dos operadores jurídicos, trata-se de afirmar que o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de todos os seus cidadãos.

Isso significa, necessariamente, que a magistratura necessariamente deve ser copartícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos de que possam representar formas excludentes de cidadania, até porque, como salienta Luiz Edson Fachin, trata-se de “não só interpretar a realidade social mas também transformá-la.” (FACCHINI NETO, Eugênio. **Premissas para uma Análise da Contribuição de Juiz para a Efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente.** Disponível no site: <http://pt.scribd.com/doc/53357826/Juizado>. Acesso em: 08/06/2011).

³⁵¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Op. cit., p. 88.

³⁵² ECA. Art. 191.

³⁵³ ECA. Art. 28, § 2º.

³⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **As Intermittências da Vida: O Nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

O contato, a conversa com a criança e o adolescente acolhidos humaniza, sensibiliza, transforma.³⁵⁵

Outro aspecto relativo à responsabilidade do Judiciário na efetividade do direito à convivência familiar diz respeito à celeridade processual.³⁵⁶

A Constituição Federal assegura a todos os brasileiros uma duração razoável do processo, além de meios que garantam a celeridade processual.³⁵⁷ Quando se trata de criança ou adolescente acolhidos, submetidos ao princípio da absoluta prioridade, mais do que ninguém, têm direito a um processo célere. Raramente, em procedimentos de natureza judicial, a celeridade tem tanta importância quanto naqueles para garantir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. É provável, também, que raramente este direito a um processo célere seja tão desrespeitado como naqueles afetos à criança e ao adolescente, em especial em relação aos acolhidos.

A pesquisa do IPEA, realizada em 2004, nas unidades de acolhimento que recebiam recursos públicos, constatou que mais de cinquenta por cento das crianças e adolescentes estavam acolhidas há mais de dois anos; destes, vinte por cento estavam afastados há mais de seis anos de suas famílias.³⁵⁸ Pior, apenas 54,6%, tinham processos tramitando na Justiça e, somente, 10,7%, das crianças e adolescentes acolhidos encontravam-se em condições de serem adotados, ou seja, tinham sido destituídos do poder familiar.³⁵⁹

³⁵⁵ “É muito importante que o juiz da infância e juventude saiba como chegar a uma criança e a um adolescente, como conquistar sua confiança, a fim de que ele consiga contar sua história de vida na esperança de ser socorrido. Deverá ele, em muitas situações, abandonar a imponência e a severidade que o cargo impõe e voltar a ser criança, a ser adolescente, para poder entender os anseios, as necessidades e as angústias pelas quais passam. Deverá saber conversar com a criança e o adolescente em pé de igualdade. O juiz da infância precisa ter um perfil especial, que nem todos os juízes de direito possuem.” (BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. O Poder Judiciário. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. Op. cit. p. 395).

³⁵⁶ “No tocante ao Poder Judiciário, deve-se destacar a imperiosidade de um procedimento rápido e eficiente que respeita os parâmetros processuais autorizados pela Constituição. Há de se evitar um processo demorado, o que, em regra, representa grande prejuízo à criança e ao adolescente. (PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. **Infância e Juventude**: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. Disponível no site: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28526-28537-1-PB.pdf>. Acesso em 14/06/2011.

³⁵⁷ Constituição Federal: “Art. 5º. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³⁵⁸ SILVA, Enid Rocha Andrade da [coord.]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária**: Os Abrigos para Crianças e Adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 64.

³⁵⁹ SILVA, E. R. A., op. cit., p. 63.

Em poucas oportunidades, a aplicação do princípio da Prioridade Absoluta, aliado ao princípio da Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento, que se constituem em pilares do direito infantojuvenil, mostra-se tão necessária como nos procedimentos judiciais, envolvendo criança e adolescentes acolhidos. Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente, pelas modificações introduzidas pela Lei 12.010, de 2009, em boa hora, passou a estabelecer prazos para o julgamento dos processos envolvendo crianças e adolescentes acolhidos. Fixou em cento e vinte dias, no máximo, o tempo para o julgamento de pedidos de suspensão ou destituição do poder familiar.³⁶⁰ Para o julgamento dos recursos, estabeleceu o prazo de sessenta dias.³⁶¹

A legislação, da mesma forma, já prescreve procedimentos especiais,³⁶² mais céleres, com o objetivo de definir, o quanto antes, a situação jurídica de crianças e adolescentes acolhidos.

João Batista Saraiva, no entanto, adverte que o direito à justiça célere não pode produzir uma injustiça rápida. Diz que “o princípio da Prioridade Absoluta, de natureza constitucional, como não poderia deixar de ser, contamina e norteia todo Estatuto”.³⁶³ Assim, especialmente nos Juízos que acumulam outras matérias, o que ocorre na maioria das comarcas brasileiras, cabe ao magistrado estabelecer prioridades e, neste contexto, os procedimentos envolvendo crianças e adolescentes devem estar em primeiro lugar, ou seja, devem merecer tratamento especial, prioritário. Dentre estes, os procedimentos envolvendo crianças acolhidas ou afastadas de seus genitores, são ainda mais prioritários, tendo em vista que o afastamento, por si só, já viola o direito fundamental da convivência familiar. Infelizmente, não é o que, na prática, em geral acontece.

É bom lembrar que a Constituição, como já anotado anteriormente, estabelece outras prioridades, mas apenas criança e adolescente são prioridade absoluta, princípio que se aplica, necessariamente, aos procedimentos administrativos e judiciais. Cabe ao juiz, portanto, zelar pela prioridade e celeridade processual.

³⁶⁰ ECA. Art. 163.

³⁶¹ ECA. Art. 199-D.

³⁶² ECA. Art. 155-163.

³⁶³ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional**. 4ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128-129.

A efetivação do direito fundamental da convivência familiar também passa pelo compromisso institucional dos tribunais superiores, Conselho Nacional de Justiça e, especialmente, dos tribunais de justiça, responsáveis pela implantação, manutenção e organização das varas de infância e juventude. As dificuldades orçamentárias dos tribunais de justiça foram e continuam sendo o argumento mais comum que impede a instalação de novas varas especializadas e o equipamento material e humano das já existentes. A prioridade absoluta, também, se estende aos orçamentos dos tribunais de justiça, em que as varas de infância precisam ser contempladas com recursos privilegiados. Uma Justiça deficiente, com funcionários em número reduzido, sem equipes técnicas adequadamente preparadas, acaba resultando no descumprimento de direitos fundamentais da criança e do adolescente, principalmente, como o direito a ter um procedimento judicial justo e célere. Muito comum, na prática, a criança ser acolhida e ficar esperando vários meses até que a equipe técnica, normalmente deficiente, consiga realizar um estudo social, uma avaliação da situação sociofamiliar, prejudicando a rápida solução do acolhimento.

O Conselho Nacional de Justiça tem realizado um esforço no sentido de dar efetividade ao princípio constitucional da convivência familiar, criando cadastros de crianças acolhidas, de crianças em condições de serem adotadas, de pessoas interessadas na adoção, mas que, até agora, não produziram os efeitos esperados, em grande parte, pela desestrutura da maioria das varas de infância e juventude, que não conseguem sequer alimentar adequadamente os cadastros.

Também não é suficiente uma legislação adequada, suporte material e técnico, se não houver juízes vocacionados e preparados para o exercício da atividade de juiz da infância e da juventude. Um levantamento produzido pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores da Infância e da Juventude, em 2008, concluiu que vários estados brasileiros,³⁶⁴ nos concursos para ingresso na carreira da magistratura, sequer contemplavam questões relativas ao Direito da Criança e do Adolescente. Na grande maioria dos estados, não houve qualquer tipo de formação em Direito da Criança e do Adolescente, nos cursos de ingresso. Em apenas dois estados foi oferecido, nos

³⁶⁴ Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo Maranhão, São Paulo, Tocantins.

últimos seis meses, algum curso, promovido pelos tribunais ou escolas da magistratura, para magistrados, sobre o Direito da Criança e do Adolescente.³⁶⁵

A este respeito, a Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de realização de cursos de preparação e aperfeiçoamento para magistrados,³⁶⁶ sob a responsabilidade dos tribunais ou escolas da magistratura.³⁶⁷

A efetividade do direito à convivência familiar passa pela adequada formação e preparação dos juízes. José Reanato Nalini afirma que “é na preparação dos novos juízes que se encontra a alavanca transformadora do Judiciário brasileiro. Uma preparação interdisciplinar, não jurídica.”³⁶⁸

É, certamente, na área da infância e da juventude que se encontram as maiores necessidades, como demonstram os dados coletados pela ABMP.

Neste sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), já estabelecem a necessidade de formação e treinamento adequado dos operadores da Justiça da Infância e da Juventude:

22.1 Serão utilizados a educação profissional, o treinamento em serviço, a reciclagem e outros meios apropriados de instrução para estabelecer e manter a necessária competência profissional de todo o pessoal que se ocupa dos casos dos jovens.³⁶⁹

Por fim, conclui-se: é preciso, também, por parte do Judiciário, em especial por seus magistrados, um enorme esforço para reverter a dramática situação de crianças e adolescentes privados da convivência familiar; o Judiciário tem o dever de participar, efetivamente, não só para suprir as omissões dos demais poderes, mas também exercer sua missão de julgar, com todas as suas potencialidades, para que se possa superar a vergonha nacional, que é o elevado número de crianças e adolescentes, com seu direito à convivência familiar sendo violado.

³⁶⁵ ABMP. **O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**: Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. São Paulo: ABMP, 2008, p. 92-94

³⁶⁶ “Essa Escola terá por mister desenvolver certos atributos com os quais o juiz já comparece, quando atende ao chamado para submeter-se à epopeia do concurso público. Vocação, conhecimento da missão judicial, produtividade, capacidade de trabalho, raciocínio lógico, sensibilidade, reflexo consciente diante dos reclamos comunitários desejosos de uma justiça afinada com os anseios coletivos.” (Nalini, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 160-161).

³⁶⁷ Constituição Federal: Art. 93, IV e art. 105, parágrafo único.

³⁶⁸ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 160.

³⁶⁹ AAJJ. **Coletânea de Leis da Área da Criança e do Adolescente**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 29.

Aperfeiçoar a Justiça é fundamental para garantir a efetividade do direito à convivência familiar e tantos outros direitos reservados à criança e ao adolescente. A fronteira que separa a eficácia do direito à convivência familiar do seu reiterado descumprimento, passa, necessariamente, por uma Justiça preparada, equipada, célere, interdisciplinar, com magistrados comprometidos e servidores qualificados.

5 CONCLUSÃO

A cultura da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, praticamente desde o início da colonização, continua presente, ainda hoje. Inicialmente, a atribuição de assumir a manutenção de crianças órfãs e abandonadas foi destinada às santas casas de misericórdia ou hospitais de misericórdia. Posteriormente, estas instituições trouxeram para o Brasil a prática da *roda dos expostos*, com o nobre objetivo de coibir a prática de abandonar as crianças em monturos ou lixões. A história, no entanto, demonstra que a grande maioria das crianças abandonadas nas *rodas dos expostos* não sobreviveu ao primeiro ano de vida.

No começo do século XX, com o crescimento urbano, industrial e o agravamento da pobreza e das precárias condições de vida nos centros urbanos, começaram a proliferar, no Brasil, os grandes orfanatos e os juízes passaram a ter o controle da gestão do sistema de menores abandonados, órfãos, em situação de rua etc. Seguiram-se, durante o regime militar, as conhecidas FEBEMs, sob a ideologia da segurança nacional, da ordem e da disciplina, misturando, nas instituições, crianças e adolescentes em situação de risco, de abandono, com os infratores. O resultado foi catastrófico, transformando crianças carentes e abandonadas, que Roberto da Silva chama de “filhos do governo,” em infratores.³⁷⁰

Somente com a redemocratização do País, a atualização da legislação, sob a influência das convenções internacionais sobre os direitos da criança e do adolescente, iniciou-se o desmonte dos grandes orfanatos, embora o problema dos acolhimentos ainda continue sendo uma das mais graves dívidas sociais que se tem, em relação à criança e ao adolescente.

A família, por sua vez, ao longo da história, passou por enormes transformações e continua sendo, no dizer de Luiz Edson Fachin “uma arena na qual tudo está para ser dito.”³⁷¹ A criança e o adolescente, inseridos no contexto familiar, ocuparam, ao longo da história, espaços e finalidades completamente diferentes. Na família antiga, o filho era “necessário” para prestar o culto doméstico aos

³⁷⁰ SILVA, Roberto da. **Os Filhos do Governo**: A formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. 2º ed. São Paulo: Ed. Ática, 1998.

³⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. **Família Cidadã**. Disponível no site: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=67>. Acesso em: 24/03/2011.

ascendentes. Morrer sem deixar filhos, que pudessem continuar a religião doméstica, era sinal de desgraça. Neste contexto, a adoção era a derradeira oportunidade de ter um filho, quando a natureza não o dava.

Na Idade Média, os filhos já eram diferenciados em legítimos (nascidos de casamentos válidos) e ilegítimos (provenientes de outras uniões), estes últimos praticamente sem qualquer direito. Somente entre os séculos XVI e XVII, a criança conquistou um lugar dentro da família, junto de seus pais, embora o afeto ainda não fosse algo relevante.

A família, só mais recentemente, abandonou o modelo tradicional, patriarcal e passou a se fundar em relações de afeto, de amor, de igualdade e se diversificou em vários modelos.

Nem sempre foi importante, socialmente, que a criança e o adolescente fossem criados e educados no seio da família. Nem sempre foi importante para a família a relação afetiva entre os seus membros.

A criança deixou de ser patrimônio dos pais, deixou de ser objeto de proteção jurídica para se tornar sujeito de direitos e, passou a ter o direito fundamental de ser criada e educada no seio de uma família.

Observa-se que os acolhimentos institucionais, ao longo da história, embora socialmente aceitos e muitas vezes até estimulados, estão longe de atender aos interesses da criança. No tempo em que o afeto, o carinho, o amor têm sido elevados à categoria de direitos fundamentais, as institucionalizações de crianças e adolescentes, estão na contramão, à medida que afastam as pessoas de suas famílias, quando delas mais necessitam, especialmente sob o aspecto afetivo, tão importante para o pleno desenvolvimento.

Não se pode esquecer que o acolhimento institucional, embora inafastável, em algumas circunstâncias, constitui-se em violação ao direito da convivência familiar. Daí, a necessidade de que este acolhimento se dê pelo menor tempo possível, em situações realmente excepcionais.

A falta de prioridades, em todos os níveis da administração pública, tem transformado este direito, em muitos casos, em regra ineficaz. As pesquisas apresentadas demonstram que, infelizmente, ainda, muitas crianças passam sua infância e juventude vivendo em unidades de acolhimento, sem a oportunidade de experimentar a convivência familiar.

As políticas públicas que priorizam a convivência familiar, infelizmente, estão ausentes, na grande maioria dos municípios brasileiros. A implantação e articulação, em redes, dessas políticas, é fundamental para o sucesso das novas propostas de garantia do direito à convivência familiar para todas as crianças e adolescentes.

O Judiciário, nesta nova sistemática, passou a ter um papel relevante, especialmente na efetivação do direito fundamental da convivência familiar. O acolhimento institucional, a partir da Lei 12.010, de 2009, passou, novamente, para o controle do juiz, embora a execução das políticas públicas continue sendo do Poder Executivo. Todo acolhimento institucional deve ser, imediatamente, comunicado ao juiz, que vai determinar as medidas protetivas necessárias para que a criança ou adolescente tenham seus direitos assegurados.

Não sendo possível ou esgotadas as tentativas de reintegração familiar, não se pode retardar a medida drástica de destituição da autoridade parental, de modo a possibilitar a colocação em família substituta, preferencialmente, por meio da adoção.

No entanto, o juiz só se desincumbirá de sua missão se tiver condições materiais e humanas para cumpri-la. Pior do que não realizar a reintegração familiar é fazê-lo precipitadamente ou malfeito, causando ainda mais prejuízos para a criança e o adolescente. Daí, a necessidade de juízes bem formados, de varas especializadas, de equipes interdisciplinares, sem os quais a tentativa de solucionar o grave problema social de crianças vivendo em instituições não passará de mais um fracasso.

Dentro da perspectiva de assegurar a convivência familiar a todas as crianças e adolescentes acolhidos, tem-se a consciência de que nem todos poderão retornar ao convívio da família natural. É a partir desta constatação que se faz necessária a busca de alternativas, entre as quais, a família extensa, desde que não sofra dos mesmos problemas da família natural e a criança mantenha, com aquela, laços de afetividade e de afinidade. A família substituta, principalmente, na modalidade de adoção, revela-se uma alternativa privilegiada de inserção familiar.

Sabe-se, também, que nem todas as crianças e adolescentes que não têm condições de retornar para suas famílias naturais ou extensas serão adotados. Infelizmente, a realidade tem demonstrado que crianças com problemas graves de saúde, como também adolescentes, dificilmente, terão a oportunidade da adoção, embora a Constituição Federal garanta, também, a estes, o direito da convivência

familiar. Para isso, alternativas como o acolhimento familiar, devem ser estimuladas e devem ter preferência sobre os acolhimentos institucionais.

Decorrente de pesquisas e estudos realizados, como também da experiência vivenciada na Vara da Infância e da Juventude, como magistrado, é proposta do autor deste trabalho a extinção, ainda que gradativa, dos acolhimentos institucionais, já que, historicamente, são medidas protetivas que se revelaram em um enorme fracasso, uma vez que continuam não respeitando a criança e o adolescente na sua individualidade. Em substituição, propõem-se os acolhimentos familiares, que, quando bem estruturados, proporcionam vantagens em relação aos acolhimentos institucionais, em especial, pelo atendimento individualizado, que oferecem às crianças e aos adolescentes a possibilidade de formação de vínculos mais intensos.

O tratamento destinado aos milhares de crianças e adolescentes que ainda vivem em instituições de todo País, muitas vezes esquecidos por seus familiares e pelo Poder Público, infelizmente, ainda se constitui numa dívida social mais aguda. Restituir a estes brasileiros a dignidade, a cidadania que lhes foi subtraída pela família, pela sociedade e pelo Estado não é ato de benevolência, mas um dever de todos.

Os programas de apadrinhamento afetivo, da mesma forma, embora não se constituam em solução para o acolhimento institucional, prestam-se a dar um suporte emocional às crianças e adolescentes privados da convivência familiar, oferecendo-lhes uma referência familiar, fora dos acolhimentos, em especial durante a transição entre o modelo de acolhimento institucional para o de acolhimento familiar.

Por fim, resta a convicção de que a efetividade do direito à convivência familiar de milhares de crianças e adolescentes brasileiros só será realidade quando se abandonar a demagogia, a adoção de medidas paliativas, quase sempre no interesse dos adultos e, de uma vez por todas, consolidarem-se as redes de atendimento à criança e ao adolescente, especialmente nos municípios, com investimentos concretos e efetivos, na estruturação das varas de infância e juventude. Sem isso, a longa história de descaso e de omissão em relação à criança e adolescente acolhidos, terá apenas mais um triste capítulo.

REFERÊNCIAS

- ABMP. **O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente:** Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. ABMP, Brasília, 2008.
- ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Família e História – Questões metodológicas.** Disponível no site: http://www.usp.br/nemge/textos_seminario_familia/fam_hist_metodologicas_almeida.pdf. Acesso em: 17/09/2010.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de Direito no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana:** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 481-505.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia [coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 21-34.
- ANDERSON, Michael. **Elementos para a História da Família Ocidental 1500-1914.** Tradução de Ana Falcão Bastos. Lisboa: Editorial Quercos, 1984.
- AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. A Rede de Proteção a Crianças e Adolescentes, a Medida Protetora de Abrigo e o Direito à Convivência Familiar e Comunitária: A Experiência de Nove Municípios Brasileiros. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [coord.]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária:** Os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 325-365.
- ARANTES, Esther Maria de M. **De "Criança Infeliz" a "Menor Irregular" – Vicissitudes na Arte de Governar a Infância.** Disponível no site: <http://www.mnemosine.cjb.net/mnemo/index.php/mnemo/article/view/235/234>. Acesso em: 05/07/2011.
- ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** Tradução de Dora Flaksman. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:** Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em: 16/06/2011.
- BIDARRA, Zelimar Soares; OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Um Capítulo Especial na História da Infância e da Adolescência: O Processo de Construção do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade. In: LAVORATTI, Cleide [org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência:**

O germinar de uma experiência coletiva. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2007, p. 163-187.

- BITTENCOURT, Sávio. **A Revolução do Afeto: dez passos para a felicidade.** Aparecida, SP: Editora Santuário, 2010.

_____. **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Família Extensa Sim, Se Houver Amor.** Disponível no site: <http://jmagazine.net.br/savio/1177-familia-extensa-sim-se-houver-amor>. Acesso em: 17/05/2011.

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse do estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

- BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. O Poder Judiciário. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 393-398.

- BOUGUIGNON, Jussara Ayres. Concepção de Rede Intersetorial de Atendimento à Criança e Adolescente. In: LAVORATTI, Cleide [Org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência: O germinar de uma experiência coletiva.** Ponta Grossa: Ed. UEPG, p. 245-251.

- BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tania da Silva [coord.]. **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 145-146.

- BRASIL. **Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível no site: <http://www.mds.gov.br>.

_____. **Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.** 2ª ed. Brasília-DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Conanda e Conselho Nacional de Assistência Social, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 440502 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0069996-6, 2ª Turma, Relator: Herman Benjamin. Brasília, j. 15/12/2009. Publ. no DJe 24/09/2010; LEXSTJ vol. 255 p. 90. Disponível no site: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=440502&b=ACOR. Acesso em: 10/06/2011.

_____. _____. REsp 493811/SP. RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ 15/03/2004 p. 236, *RDDP*, vol. 14, p. 120. Disponível no site: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198762/recurso-especial-resp-493811-sp-2002-0169619-5-stj>. Acesso em: 10/05/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1458 MC/DF. Relator: Celso de Mello. J. em 23/05/1996. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 16/06/2011.

_____. _____. Suspensão de Liminar 235-0 – Tocantins. Ação Civil Pública nº 72658-0/06. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, j. em 08 de julho de 2008. Disponível no site: http://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao_pt.pdf. Acesso em: 13/06/2011.

_____. _____. Recurso Extraordinário 482.611 - SC. Relator: Min. Celso de Mello. J. em 23 de março de 2010. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>. Acesso em: 13/06/2011.

- CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda Campos. **Casamento e Família em São Paulo Colonial: caminhos e descaminhos**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARVALHO, José de Vasconcelos Guedes. **Leis de Manu: Primeiro Legislador da Índia**. Nova-Goa: Imprensa Nacional, 1859, p. 40. Disponível no site: http://books.google.com/books?id=XC4bAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10/05/2011.

- CASEY, James. **História da Família**. Tradução de Telam Costa. Lisboa: Editorial Teorema Ltda., 1989.

- CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- CIVILETTI, Maria Vittoria Pardal. O Cuidado às Crianças Pequenas no Brasil Escravista. **Caderno de Pesquisa (76)**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, fev. 1991, p. 31-40.

- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia [coords.]. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- COULANGES, Foustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

- CRUZ, Eduardo Félix da. **Guarda de Crianças e Adolescentes: disputa entre pais e avós**. Disponível no site: www.direitosgerais.com/conteudos/ler_artigo.php?id=15. Acesso em: 16/05/2011.

- CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado: Os filhos do Esquecimento. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam**. Disponível em: www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc. Acesso em: 07/03/2011.

- CUSTÓDIO, André Viana. In: **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente**. Disponível no site: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 18/03/2011.
- DEKEUWE-DÉFOSSEZ, Françoise (1991). *Le droits de l'enfant*. Paris: PUF, 'Que-sais-je? – 852, (5ª ed.: 200), pág. 126. Apud: MONTEIRO, Reis A. **Direitos da Criança: Era uma vez...** Coimbra: Almedina, 2010, p. 105.
- DELGADO, Arthur Figueiredo; CARDIERI, Joselina Magalhães Andrade; CRISTÓFANI, Lilian Maria; WAKSMAN, Renata Dejtjar. **Síndrome de Abstinência no Recém-Nascido**. Disponível em: <http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/68.pdf>. Acesso em: 07/03/2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DOMINGOS, Sérgio. A Institucionalização da Criança: Violação de Direito Fundamental à Família. In: BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, Arnaldo Camacho de; SANTOS, Marlouve Moreno Sampaio [coords.]. **Família e Jurisdição III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 453-481.
- ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **As Intermitências da Vida: O Nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Família Cidadã**. Disponível no site: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=67>. Acesso em: 24/03/2011.
- _____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid; SARLET, Ingo Wolfgang [orgs.]. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACCHINI NETO, Eugênio. **Premissas para uma Análise da Contribuição de Juiz para a Efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/53357826/Juizado>. Acesso em: 08/06/2011.
- FANTE, Ana Paula; LATIF, Antonia Cassab. Convivência Familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. **Revista Textos e Contextos**. Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./jun. 2007, p. 154-174.

- FÁVERO, Diocélia da Graça Mesquita. A Interdisciplinaridade, sua importância na formação e sua aplicação ao Direito de Família. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2006, p. 29-51.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA, Laura Valéria Pinto. **Menores Desamparados da Proclamação da República ao Estado Novo**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-7a5.pdf>. Acesso em: 18/02/2011.
- FIGUEIREDO, Luciano Raposo de Almeida. **Barrocas Famílias: Vida familiar em Minas Gerais no Século XVIII**. São Paulo: Editora Hucitec, 1977.
- FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 223-239.
- FRANCISCO, Ana Lúcia; SOUZA, Severino Ramos Lima de. **Psicólogos na Fundac: Uma História que Precisa ser Contada**. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches – FASA, 2009.
- FRANCO, Maria Helena Pereira [org.]. **Formação e Rompimento de Vínculos: O dilema das perdas na atualidade**. São Paulo: Summus, 2010.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- GOLIN, Gabriela; BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. O Abrigamento Precoce: vínculos iniciais e desenvolvimento infantil. In: FRANCO, Maria Helena Pereira [org.]. **Formação e Rompimento de Vínculos: O dilema das perdas na atualidade**. São Paulo: Summus, 2010, p. 169-190.
- HAMAD, Nazir. **Adoção e Parentalidade: questões atuais**. Trad. Maria Nestrovsky Folberg, Mario Fleig, Jasson Martins. Porto Alegre: CMC Editora, 2010.
- LAVORATTI, Cleide; COSTA, Lúcia Cortes da. Considerações sobre a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes. In: _____. [org.]. **Programa de Capacitação Permanente na Área da Infância e da Adolescência: o germinar de uma experiência coletiva**. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2007, p. 207-218.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____; JUNIOR, Nelson Nery. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal**. Disponível no site: http://ijj.tjrs.gov.br/ijj_site/docs/DOCTRINA/NELSONMARTHA.HTM. Acesso em: 17/05/2011.

- MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil. In: FREITAS, Marcos Cezar [org.]. **História Social da Infância no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.

- MARINOPOULOS, Sophie. O Acompanhamento às Mães que Abandonam. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010, p. 108-121.

- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 68-101.

- MENDEZ, Emílio Garcia. Legislação de “Menores” na América Latina: Uma doutrina em situação irregular. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [orgs.]. **Do Averso ao Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 21-35.

_____. **Infância, Lei e Democracia: “Uma Questão de Justiça.”** Disponível no site: <http://www.abmp.org.br/textos/2509.htm>. Acesso em: 20/04/2011.

_____. **Infância e Cidadania na América Latina**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

- MONTEIRO, A. Reis. **Direitos da Criança: Era uma vez....**Coimbra: Almedina, 2010.

- MOURA, Marcelo de Souza. **O princípio da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes e a dignidade humana dos maiores de 18 anos**. Análise da solução de conflitos de princípios fundamentais sob o enfoque de Robert Alexy. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1193, 7 out. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9011>>. Acesso em: 21/03/2011.

- NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- NOGUEIRA Neto, Wanderlino. O Sistema de Justiça e seus Desafios Político-Institucionais: A Garantia do Pleno Desenvolvimento dos Adolescentes em Conflito com a Lei. In: **Justiça Juvenil sob o Marco da Proteção Integral: Caderno de Textos**. São Paulo: ABMP, 2008, p. 76-112.

- NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A Paternidade nos Dias Atuais (Vínculo de Fato, de Direito e de Amor). In: ____ [coord.]. **Família e Sucessões: Reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 219-254.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Rec. Apel. 209-1/99/TJPR. Relator: Des. Moacir Guimarães. **Revista Igualdade**, Curitiba: Ministério Público do Paraná, Ou/dez.1999.
- ____. _____. Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude (AJIJ). **Coletânea de Leis da Área da Criança e do Adolescente**. Curitiba: Juruá, 2000.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri – SP: Editora Manole Ltda., 2002.
- PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del Menor Y Derecho de Familia: Una Perspectiva Multidisciplinar**. Madrid: Lustel, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. **Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988**. Disponível no site: <http://www.justitia.com.br/artigos/wz27d8.pdf>. Acesso em: 14/04/2011.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIRES, Ana L. D; MIYAZAKI, Maria C. O. S. **Maus Tratos Contra Crianças e Adolescentes: Revisão da Literatura para Profissionais da Saúde**. Disponível no site: <http://cienciasdasaude.famerp.br/Vol-12-1/08%20-%20id%20102.pdf>. Acesso em: 06/06/2011.
- RIBEIRO, Alex Sandro. **Aspectos de direitos material e processual decorrentes do parentesco na união estável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 137, 20 nov. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4509>. Acesso em: 15/05/2011.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 597097906 – RS - 7ª C. Cív. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves – J. 22.04.1998. Disponível no site: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=AC+597097906&tb=jurisnova&pesq=ementário&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=Relator%3AS%25C3%25A9rgio%2520Fernando%2520de%2520Vasconcellos%2520Chaves&as_q=. Acesso em: 20/05/2011.
- RIZZINI, Irene. **O Século Perdido: Raízes Históricas das Políticas Públicas para Infância no Brasil**. 2ª ed. rev. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 64.

- ROSSOT, Rafael Bucco. O Afeto nas Relações Familiares e a Faceta Substancial do Princípio da Convivência Familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. V. 9 (abr-mai 2009). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 22.

- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

- SÁ, Eduardo. **Abandono e Adopção**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

- SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adopção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010.

- SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2009.

- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 48.030.0/8-0, de Campos do Jordão. Relator: Des. Oetterer Guedes. Voto nº 17.85. Disponível no site: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_4_10_2.php2. Acesso em: 21/04/2011.

- SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança – O “Cavalo de Troia” do Menorismo**. Disponível no site: http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/doutrina/condi%C7%C3o+peculiar+de+pessoa+em+d+es.... Acesso em: 22/03/2011.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2009.

- SHORTER, Edward. **A Formação da Família Moderna**. Trad. Teresa Péres. Lisboa: Terramar, 1975.

- SILVA, Antonio F. do Amaral. O Estatuto, O Novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: SOMONETTI, Cecilia; BLECHEER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [compiladores]. **Do Averso ao Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, p. 273.

- SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

_____; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os Abrigos para Crianças e Adolescentes e o Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível no

site:http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps11/ENSAIO3_Enid.pdf. Acesso em: 25/04/2011.

- SILVA, José Luiz Mônico da. **Ação de Restituição do Pátrio Poder**. Disponível no site: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos/A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Restitui%C3%A7%C3%A3o%20do%20P%C3%A1trio%20Poder.doc. Acesso em: 21/04/2011.

- SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. da Universidade de São Paulo, 1984.

- SILVA, Roberto da. **Os Filhos do Governo: A formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Ática, 1998.

- SOUSSAN, Pierre Lévy; MARINOPOULOS, Sophie. Abandono e Adoção: Interações Psíquicas. Da Filiação Numa Perspectiva Histórica e Clínica. In: SALAVERT, Ivonita Trindade [org.]. **Os Novos Desafios da Adoção: Interações Psíquicas, Familiares e Sociais**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010.

- STRECHT, Pedro. **Crescer Vazio**. Repercussões Psíquicas do Abandono Negligência e Maus Tratos em Crianças e Adolescentes. 4ª ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2002.

- TAVARES, Patrícia. Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006, p. 367-391.

- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- TERCEIRO, Pedro N. L. **A Importância da Família no Desenvolvimento da Criança**. Disponível no site: http://francymedia.site90.net/francymedia_areas/francymediapsicologia/francymedia_textos/psicologia_francymedia_importancia_familia.pdf. Acesso em: 11/04/2011.

- TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de Crianças ou a Negação do Óbvio. **Rev. Brasileira de História**. Vol. 19, n. 37, São Paulo, Setembro de 1999.

- VENANCIO, Renato Pinto. **História: Questões & Debates**, n. 36. Curitiba: Ed. UFPR, 2002, p. 129-159.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- WEBER, Lidia Natalia Dobriaskyj. **Laços de Ternura: Pesquisas e histórias de ADOÇÃO**. Curitiba: Ed. Santa Mônica, 1998.

____; KOSSOBUDSKI, Lucia Helena Milazzo. **Filhos da Solidão:** Institucionalização, Abandono e Adoção. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996.

ANEXO

MUNICÍPIO DE CASCAVEL – PR
CRIANÇAS ACOLHIDAS EM MARÇO DE 2011.

Tabela 1: Programas de acolhimento e número de crianças.

PROGRAMA DE ACOLHIMENTO	Nº DE CRIANÇAS
1) RECANTO DA CRIANÇA	51
2) LAR DOS BEBÊS PEQUENO PEREGRINO	38
3) CASA DE PASSAGEM FEMININA	08
4) FAMÍLIAS ACOLHEDORAS	50

CAUSAS DOS ACOLHIMENTOS

