

Vanessa do Carmo Diniz

A convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente.

UNISAL

Lorena

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Vanessa do Carmo Diniz

A convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente.

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito à Comissão Julgadora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, sob orientação da Prof.^a Dra. Regina Vera Villas Bôas.

UNISAL

Lorena

2008

Diniz, Vanessa do Carmo

A convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente /
Vanessa do Carmo Diniz. – Lorena: Centro Universitário Salesiano de São
Paulo, 2008.

169f.

Dissertação (Mestrado em Direito). UNISAL – SP

Orientadora: Prof.^a Dra. Regina Vera Villas Bôas.

Inclui bibliografia.

1. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua influência no desenvolvimento da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. 2. A família como base da sociedade. 3. O direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes.

Comissão Julgadora

Dedico a Luísa, pela inspiração
gerada dentro do meu ventre.
A Sérgio Coelho, a minha mãe
e a toda minha família,
pelo apoio e compreensão, contribuindo
para o alcance de mais esta conquista.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela luz e pela força na concretização deste trabalho.

A todos os professores, pelo apoio constante e por contribuir para o aprimoramento acadêmico.

Em especial, à Professora Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito pelo Centro UNISAL, e à minha orientadora, Professora Regina Vera Villas Bôas, que foram fundamentais na efetivação desta conquista.

Aos colegas, pelo companheirismo e pela hospitalidade dedicada durante todo o período de estudo, o que acabou se transformando em grandes amizades, que jamais serão esquecidas.

Aos amigos Mirislene e João Helton, pela dedicação, paciência e perseverança, que serviram de incentivo para superação dos obstáculos.

Ao colega Márisson Maurício Mendes, pela compreensão durante as necessárias viagens para que este sonho fosse realizado.

“É preciso pensar,
Mais que pensar,
É preciso sentir,
Mais do que sentir,
É preciso agir,
Com Sabedoria quase que divina,
Quando se milita na Justiça da Infância e Juventude.”

(Luiz Paulo Santos Aoki, Ministério Público/SP)

RESUMO

Partindo do tema relativo ao direito à convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente, o presente trabalho inicia-se com uma breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana e seu reconhecimento a nível mundial. O referido princípio exerceu influência direta na construção da doutrina da proteção integral à infância e juventude, na medida em que não comporta exceção em razão da idade do ser humano. A partir de a garantia da proteção integral à criança e ao adolescente, vários direitos fundamentais foram reconhecidos a estas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, dentre eles o direito à convivência familiar. A família, reconhecida mundialmente como base da sociedade, constitui o ambiente primordial de desenvolvimento do ser humano. Dessa forma, a garantia da convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente representa um dos pilares para a concretização da dignidade humana. No entanto, apesar de o reconhecimento constitucional e legal, o crescimento de crianças e adolescentes no seio de uma família tem sido um verdadeiro desafio na atualidade.

Palavras-chave: Direitos humanos; Infância e Juventude; Proteção Integral; Família; Convivência familiar.

RESUMEN

A partir del tema relativo al derecho en la convivencia familiar como derecho fundamental de los niños y del adolescente, el presente trabajo se inicia con un breve análisis del principio de la dignidad de la persona humana y su reconocimiento a nivel mundial. Tal principio influyó directamente en la construcción de la doctrina de la protección integral a la infancia y juventud, medida en que no admite excepción en razón de la edad del ser humano. Partiendo de la garantía de protección integral a la niñez y al adolescente, diversos derechos fundamentales han sido reconocidos a estas personas en peculiar condición de desarrollo, entre ellos el derecho a la convivencia familiar. La familia, reconocida mundialmente como base de la sociedad, constituye el ambiente primordial del desarrollo del ser humano. De esta forma, la garantía de la convivencia familiar como derecho fundamental de los niños y del adolescente representa uno de los pilares para la concretización de la dignidad humana. Sin embargo, pese al reconocimiento institucional y legal, el desarrollo de niños y adolescentes en el seno de la familia ha sido un verdadero desafío en la actualidad.

Palabras claves: Derechos Humanos; Infancia y Juventud ; La Protección Plena; La Familia; La Convivencia Familiar.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1.	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	15
1.1	Direitos humanos no mundo pós-moderno.....	15
1.2	A dignidade da pessoa humana e os direitos da criança e do adolescente.....	25
1.3	O direito da infância e juventude no Brasil.....	30
1.4	A doutrina da proteção integral.....	42
1.5	Os princípios informadores da infância e juventude.....	48
1.5.1	Princípio da prioridade absoluta.....	50
1.5.2	Princípio do melhor interesse.....	57
1.5.3	Princípio da municipalização.....	59
1.6	Direitos fundamentais da criança e do adolescente.....	63
2	A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE.....	71
2.1	Breve relato histórico.....	71
2.2	A família no direito brasileiro.....	78
2.3	A importância da estrutura familiar para o desenvolvimento da sociedade.....	84
3	O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	89
3.1	As diretrizes legais para a concretização do direito à convivência familiar.....	95
3.1.1	Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.....	99
3.2	A garantia da convivência familiar em relação à família natural....	107
3.2.1	O exercício do poder familiar.....	115
3.3	A garantia da convivência familiar em relação à família substituta.....	120
3.3.1	Guarda.....	125
3.3.2	Tutela.....	132
3.3.3	Adoção.....	135
3.4	A garantia da convivência familiar na institucionalização de crianças e adolescentes.....	146
	CONCLUSÃO.....	157
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho tem-se o objetivo de abordar a garantia do direito à convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente, fundamentado nos princípios internacionais de garantia da dignidade humana e reconhecido como tal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dessa forma, serão analisadas as diretrizes legais e os princípios que norteiam o direito infanto-juvenil, especialmente o direito fundamental à convivência familiar.

Inicialmente, parte-se do reconhecimento mundial dos direitos humanos, cujo marco se deu através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, iniciando um período de preocupação internacional com o princípio da dignidade humana a partir de seu reconhecimento como razão de ser da existência de toda e qualquer pessoa.

A análise dos direitos humanos justifica-se principalmente pelo fato de que somente em época recente crianças e adolescentes foram considerados e tratados como seres humanos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico e mental. Foi o desenvolvimento mundial do reconhecimento dos direitos humanos, especialmente após as atrocidades cometidas durante as guerras mundiais, que influenciou a elaboração de documentos internacionais de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Dentre esses documentos, destacam-se a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, ambos instituídos pela Organização das Nações Unidas.

O reconhecimento de direitos fundamentais à infância e juventude somente se tornou possível após um longo período de luta em prol do reconhecimento de crianças e adolescentes como seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento. Por isso, a eles devem ser reconhecidos todos os direitos inerentes à pessoa humana, além de outros direitos específicos em razão da necessidade de cuidados especiais.

No que diz respeito ao Brasil, o trabalho aborda o direito da infância e juventude através do longo processo que passou até chegar ao reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e serem incorporadas as diretrizes internacionais. Desde a colonização portuguesa, passando pelos períodos imperiais e republicanos, não havia uma estrutura política especializada na defesa da infância e juventude. No entanto, após a escravidão e o período industrial, houve um crescimento significativo da população no país, gerando um agravamento das questões sociais, especialmente no que diz respeito ao abandono de crianças.

A necessidade de solucionar o problema do abandono levou o país a adotar políticas assistencialistas de atendimento à infância e juventude. Contudo, a falta de investimento financeiro e de um tratamento adequado à criança e ao adolescente agravou a situação, trazendo reflexos até os dias de hoje.

Os séculos XVIII e XIX foram marcados por um processo de institucionalização de crianças e adolescentes tidos como abandonados e delinquentes. Até então não havia uma legislação específica que tratasse dos menores de 18 anos. Somente em 1927 foi elaborado o primeiro Código de Menores, conhecido como Código Mello Mattos, consolidando a política assistencialista e repressiva destinada aos menores abandonados e delinquentes. Mais tarde, o Código Mello Mattos foi substituído pelo Código de Menores de 1979, que não trouxe grandes inovações.

A partir da legislação adotada anteriormente, pretende-se neste trabalho analisar a influência positiva que a legislação humanitária trouxe para o Brasil, sobretudo após as grandes guerras mundiais. A legislação passou a se basear em princípios que garantem a proteção integral de crianças e adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, até então tratados como mero objetos de intervenção da sociedade, da família e do Estado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciados pelo reconhecimento mundial da dignidade da pessoa humana, a visão em torno do tema relativo à infância e juventude mudou de foco e passou a estabelecer garantias a esta camada significativa da população.

A doutrina da proteção integral passou a ser o fundamento da estrutura legal vigente, trazendo consigo vários princípios e direitos fundamentais relativos à infância e juventude.

Após a análise dos princípios e direitos infanto-juvenis, a abordagem do trabalho passa a ter como foco o direito à convivência familiar, iniciando com um breve relato histórico sobre a família, até chegar ao seu reconhecimento constitucional como base da sociedade. Busca-se constatar que a família é a primeira responsável pela garantia dos direitos infanto-juvenis. Não só em razão da previsão legal, mas principalmente por ser o ambiente natural de desenvolvimento de todo e qualquer ser humano.

A relevância do reconhecimento da convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente é tratada no presente trabalho com o intuito de constatar que sua garantia não comporta exceções e deve ser integral, seja na família natural, na família substituta ou dentro de instituições de acolhimento de crianças e adolescentes.

Justifica-se tal preocupação, na medida em que a realidade brasileira demonstra uma história de violação ao direito fundamental em tela. Destaca-se que o abandono de crianças é uma prática que sempre existiu na humanidade. Muito tempo se passou até que a sociedade desenvolvesse um sistema para suprir esse abandono e reconhecer a imprescindibilidade de garantir o seu desenvolvimento dentro da família. Não obstante o reconhecimento formal do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, sua garantia ainda não alcançou a efetividade necessária.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

1.1 Direitos humanos no mundo pós-moderno

As atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras desenvolveram uma preocupação humanitária até então não existente em nível mundial, mas necessária para a sobrevivência da humanidade.

A possibilidade criada pelo homem de destruir uma nação inteira e o extermínio de cerca de sessenta milhões de pessoas, sob a justificativa da superioridade de uma raça sobre outra são exemplos de atitudes que seriam capazes de aniquilar toda uma civilização, caso a sociedade não iniciasse um trabalho de reconhecimento de direitos inerentes à condição de ser humano.

Não obstante o desrespeito com o ser humano até então existente, Fábio Konder Comparato, ao iniciar seu estudo sobre a afirmação histórica dos direitos humanos, demonstra que a busca da dignidade humana é a razão de ser da história da humanidade:

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa

radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.¹

Continuando seu estudo, Comparato sustenta que foi no período chamado *axial* (compreendido entre os séculos VIII e II a.C.) que o ser humano, não obstante as diferenças de sexo, raça, religião, costumes, passou a ser considerado igual em sua essência, portanto dotados de direitos universais inerentes à condição de ser humano. Contudo, a afirmação histórica desses conceitos é recente:

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”²

De acordo com referido autor, o sofrimento de nações inteiras contribuíram sobremaneira para o reconhecimento do valor supremo da dignidade humana:

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.³

As barbaridades que resultaram no extermínio de milhões de pessoas demonstraram uma tendência em considerar o ser humano objeto descartável, em que a superioridade de uma raça sobre a outra justificaria o extermínio daquela considerada inferior. O crime de genocídio não afeta apenas uma nação ou um grupo étnico, ao

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

² *Ibid.*, p. 12.

³ *Ibid.*, p. 55.

contrário, desafia toda a humanidade e põe em risco a paz nacional. Celso Lafer assim se expressa em relação ao genocídio:

O problema dos seres humanos supérfluos e como tais encarados, posto pela experiência totalitária e juridicamente ensejado pela privação da cidadania, criou as condições para o genocídio, na medida em que foram levados, por falta de um lugar no mundo, aos campos de concentração. O genocídio não é um crime contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. É um crime que ocorre, lógica e praticamente, acima das nações e dos Estados – das comunidades políticas. Diz respeito ao mundo como um todo. É, portanto, um crime contra a humanidade que assinala, pelo seu ineditismo, a especificidade da ruptura totalitária.⁴

Por tudo isso, o pós-guerra foi marcado como o período em que o tema direitos humanos tornou-se questão internacional e do seu reconhecimento passou a depender a história da humanidade, dada a sua importância para o homem:

Está generalizada a convicção de que os DH formam uma categoria particularmente importante e qualificada de direitos subjectivos: inerentes ao homem enquanto homem (daí, direitos “humanos”, “originários”, “inatos”, “naturais”...), concernem a bens essenciais do titular, são dotados de valor proeminente no ordenamento jurídico (qualificam-se como “absolutos”, “sagrados”, “fundamentais”, “invioláveis”...) e justificam um sistema reforçado de garantias (de alcance interno e internacional, de nível constitucional e incidência penal).⁵

A noção de dignidade humana firmou-se como meta primordial a partir do momento em que se reconheceu mundialmente que tudo gira em torno do ser humano:

Um dos conceitos determinantes, construídos no pós-guerra com maior precisão, e tornado fonte de inspiração para a construção dos sistemas jurídicos (constitucionais) contemporâneos é esse identificado sob o manto da expressão “dignidade da pessoa humana”.⁶

Todo este movimento teve início com a formação de organismos mundiais preocupados em manter a paz e garantir a dignidade da pessoa humana, principalmente através de documentos internacionais elaborados com este propósito. O ser humano,

⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 22/23.

⁵ CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte. Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos. In: CUNHA Paulo Ferreira da (Org.). *Direitos humanos: teorias e práticas*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 78.

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. Barueri: Manole, 2004, p. 119/120.

reconhecido como sujeito de direito internacional, passou a ser o centro das grandes discussões internacionais.

A internacionalização dos direitos humanos é um dos temas tratados por Flávia Piovesan:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.

[...]

Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional.⁷

A noção de dignidade humana tornou-se, então, a base dos textos fundamentais sobre direitos humanos. O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948 através da Organização das Nações Unidas (ONU), especifica que:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, (...)⁸

José Gregori, ao escrever sobre o preâmbulo supracitado, traduz a essencialidade do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana naquele momento histórico do pós-guerra:

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 116/117.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: < www.onu-brasil.org.br >. Acesso em: 15 fev. 2008.

Os seres humanos, procurando assegurar-se de condições básicas de sobrevivência e convivência social, definiram aos poucos, e de modo diverso, formas de organização que se tornaram cada vez mais complexas.

A maior conquista, porém a mais difícil e definitivamente a mais relevante, é a que o ser humano fez – e faz – de si mesmo, ao longo do processo em que a humanidade se desenvolveu como espécie.

Nesse processo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, é um momento de avanço filosófico e ético de definir a criatura humana pelos seus direitos e deveres.

Inspiradora dos movimentos de independência de muitos países que eram então colônias, como o Brasil, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traduziu o anseio de universalização de direitos básicos, entre os quais o de participação e representação política de um povo para decidir seu destino.

Apesar desse avanço, o ser humano tinha muito a aprender. A Revolução Industrial, novas conquistas científicas, a reordenação econômica das relações entre países e povos, o papel dos novos meios de produção foram fatos que trouxeram tantos dados novos, mas não evitaram, neste nosso século XX, duas sucessivas guerras mundiais. A identificá-las o horror e a barbárie.

A lição principal trazida pela Segunda Guerra Mundial, da qual o Brasil participou ao lado das Forças Aliadas que foram vitoriosas, foi aquela que se refere a saber até que ponto de autodestrutividade o ser humano é capaz de chegar. O Holocausto (como a forma mais bárbara de genocídio que já fora cometido) e a destruição atômica mostraram que a humanidade pode destruir-se a si mesma, facilmente.

A compreensão de que seria possível fazer algo contra essa ameaça levou à criação da ONU – Organização das Nações Unidas – logo após o término da guerra.

O caminhar do processo de entendimento entre as diversas nações do mundo cedo levou à explicitação pela qual todos ansiavam. Foi assim que a Assembléia Geral da ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a 10 de dezembro de 1948.⁹

Dentre as características principais da Declaração de 1948 destacam-se a amplitude e a universalidade, de maneira que a condição de ser humano, independente da raça, cor, religião, sexo, idade, é o único requisito para ser titular dos direitos nela garantidos, direitos estes sem os quais a pessoa humana não pode se desenvolver.

De acordo com Flávio Piovesan, “a Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.¹⁰

A referida dignidade passou a se expressar a partir dos direitos humanos reconhecidos universalmente a todas as pessoas dotadas de razão e consciência, sendo

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano*: manual. 2. ed. Brasília/DF, 2001, p. 20.

¹⁰ PIOVESAN, op. cit., p. 131.

incorporada pelos tratados e declarações de direitos humanos que formam o “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, assim designado por Flávio Piovesan¹¹. Tais direitos, além de terem como propósito promover a paz mundial, apresentam, dentre suas principais funções, a de limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado.

Nesse sentido, assim se expressa Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.¹²

O estabelecimento de direitos humanos universais possui, dentre outras funções, a de consagrar o efetivo respeito à dignidade humana e garantir a limitação do poder do Estado. Para tanto, necessita do reconhecimento interno por toda nação soberana. Esse reconhecimento se concretiza com a idéia de constitucionalismo, que, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”¹³.

Neste ponto, é relevante a distinção apresentada por Fábio Konder Comparato entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Fábio Comparato apresenta os direitos fundamentais como sendo

os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.¹⁴

¹¹ Idem.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

¹³ Idem.

¹⁴ COMPARATO, op. cit., p. 57.

A distinção tem razão de ser no que diz respeito à análise da obrigatoriedade dos direitos humanos expressos universalmente nas declarações internacionais. Flávia Piovesan, seguindo entendimento de grande parte dos autores que discutem direitos humanos, sustenta que a declaração internacional não tem força de lei, podendo ser concebida como “a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’”¹⁵. Seu valor jurídico, no entanto, decorre de outros argumentos, tais como o seu uso internacional na elaboração de outros instrumentos de resolução pela ONU, a utilização em decisões judiciais e como princípios gerais de direito, e ainda a incorporação pela maioria das constituições nacionais.

De fato, o reconhecimento estatal dos direitos humanos nas respectivas constituições proporciona maior segurança ao cidadão. No entanto, o papel do Estado é tão-somente o de reconhecer a existência de direitos inerentes à condição de ser humano, já consagrados universalmente e obrigatórios para todos. Ao contrário, admitindo-se que os direitos humanos só se tornariam obrigatórios quando positivados constitucionalmente, estar-se-ia reconhecendo ao Estado o poder de suprimir direitos que são da essência do ser humano, o que vai de encontro à própria noção de dignidade humana.

Refutando um dos pontos da teoria positivista, cujos adeptos consideram que não há direito fora da organização política estatal, Fábio Konder Comparato sustenta que:

A teoria positivista considera, no entanto, essa indagação como despida de sentido, a partir do postulado de que não há direito fora da organização política estatal, ou do concerto dos Estados no plano internacional.

[...]

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância,

¹⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 137/138.

ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. [...] ¹⁶

E conclui:

Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico. ¹⁷

Na tentativa de dirimir as discussões sobre o significado dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, tece algumas considerações sobre as dimensões em que o termo “direitos fundamentais” pode ser utilizado:

Aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista. ¹⁸

Seja como direito natural, constitucional ou universal, o reconhecimento de direitos inerentes ao ser humano é hoje condição *sine qua non* para a sobrevivência da humanidade e assim deveria ser tratado por todas as nações.

No entanto, o reconhecimento universal dos direitos humanos não é suficiente para garantir uma vida digna para cada pessoa no mundo. Duas grandes guerras foram necessárias para alertar a humanidade, mas muito ainda há para se caminhar. O que se presencia hoje são focos pontuais de guerras, cujas conseqüências também são desastrosas em nível internacional. Várias nações ainda não foram capazes de integrar a

¹⁶ Ibid., p. 58/59.

¹⁷ Ibid., p. 61.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

universalidade dos direitos humanos à sua sociedade. Seres humanos são vítimas constantes de violência, miséria, exploração. Crianças e adolescentes sofrem com a desnutrição e a fome, enquanto grandes fortunas concentram-se nas mãos da minoria.

De acordo com Norberto Bobbio, o desafio atual em relação aos direitos humanos não é mais de fundamentá-los e reconhecê-los, o que foi feito pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. O problema agora é protegê-los:

[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim protegê-los.

[...]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.¹⁹

No Brasil, a exemplo de outras nações subdesenvolvidas e em desenvolvimento, a construção da dignidade humana, embora estabelecida constitucionalmente, ainda não foi alcançada por todos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixou claro o seu propósito de seguir a tendência internacional de garantia prioritária dos direitos humanos, especialmente por estabelecer, logo no artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

De acordo com Eduardo Bittar,

a inserção brasileira no debate dos direitos humanos é recentíssima, uma vez que somente com a redemocratização (1985) e com a promulgação da Constituição Cidadã (1988) foi possível consolidar-se um texto de inspiração francamente aberta para os desafios dos direitos humanos (a ver-se pelos arts. 5º, 6º, 7º etc.).²⁰

Apesar de recente, não há dúvida que as bases estabelecidas na Constituição de 1988, fundadas no princípio da dignidade humana, são suficientes para sustentar uma

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25/26.

²⁰ BITTAR, op. cit., p. 121.

estrutura jurídica capaz de garantir ao cidadão os direitos inerentes à condição de ser humano, construindo uma sociedade solidária e humana.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery traduzem a relevância deste fundamento, nos seguintes termos:

É tão importante esse princípio que a própria CF 1º III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico.²¹

Kildare Gonçalves, neste mesmo sentido, escreve que:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.²²

Contudo, assim como constatado em nível mundial, também nacionalmente este reconhecimento constitucional ainda não obteve o resultado esperado no sentido de garantir a tão sonhada vida digna para todos.

Reconhecidos universal e nacionalmente, tem-se que somente a partir do efetivo respeito aos direitos humanos é que se pode construir uma nação verdadeiramente democrática e que valoriza o ser humano. Enquanto isso, o discurso ainda permanece no sentido de buscar a concretização dos direitos mais básicos do ser humano, dentre eles o direito de crescer e se desenvolver no seio de uma família.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

²² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 462.

1.2 A dignidade da pessoa humana e os direitos da criança e do adolescente

O princípio da dignidade humana é a razão de ser da existência do ser humano; é a base que sustenta a convivência entre as pessoas dentro de uma nação e além dos seus limites territoriais, ou seja, internacionalmente. Assim, considerando que o Direito tem como uma de suas funções principais a de regular a convivência em sociedade, está claro que a dignidade humana é (ou deveria ser) a estrutura fundamental do sistema jurídico. Esse é o enfoque dado por José Afonso da Silva ao afirmar que a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.²³

Kildare Gonçalves também sustenta a relevância da dignidade humana para os direitos fundamentais:

Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.²⁴

A tão proclamada dignidade do ser humano não pode ser medida através de sua idade, ou qualquer outra característica biológica, cultural, social, dentre outras. Ao contrário, cabe à sociedade e ao Estado a garantia de um tratamento digno em qualquer fase da vida do ser humano. Assim, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana deve existir em todas as fases do desenvolvimento humano, não sendo diferente em relação à criança e ao adolescente.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

²⁴ CARVALHO, op. cit., p. 465.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, muito mais abrangente quando o assunto é criança e adolescente, o que se justifica em razão da condição peculiar de ser humano em desenvolvimento.

Com efeito, além das garantias inerentes a todos os seres humanos, alguns princípios diferenciados norteiam a infância e juventude. Trata-se de uma tendência mundial estabelecida em inúmeros documentos que influenciaram a legislação de vários países, especialmente do Brasil.

O primeiro documento internacional a reconhecer os direitos da criança e do adolescente foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, desenvolvida pela Liga das Nações. “A proposta de se reconhecer, nos Documentos Internacionais, a proteção especial para a infância já aparece na Declaração de Genebra de 1924, onde foi declarada a ‘necessidade de proclamar à criança uma proteção especial’.”²⁵

Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, ambas adotadas no âmbito das Nações Unidas, marcaram de vez a garantia de que a criança necessita de proteção e cuidados especiais em razão da sua imaturidade física e mental.

Com referência ao já mencionado valor jurídico das declarações internacionais, os direitos nela estabelecidos, segundo sustenta Tânia da Silva Pereira, “são princípios que não representam obrigações para os Estados. Refletem uma afirmação de caráter meramente moral, não encerrando obrigações específicas.”²⁶

Contudo, o mesmo não ocorre em relação às convenções. No âmbito das Nações Unidas são produzidos vários documentos jurídicos sobre temas diversos de interesse

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

²⁶ Idem.

internacional e com características diferentes, dentre eles acordos, tratados, convenções, protocolos, resoluções e estatutos.²⁷ Especificamente em relação às convenções, tratam-se de atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que abordam temas de interesse geral. Uma vez adotadas pelos Estados-Partes, “estes têm a obrigação de, não só respeitar os direitos reconhecidos nas convenções, mas também garantir o livre e pleno exercício dos mesmos.”²⁸

Assim, no que diz respeito à infância e juventude, merece destaque a Convenção dos Direitos da Criança. Os avanços sociais que se seguiram à Declaração dos Direitos da Criança de 1959 levaram à elaboração do texto da Convenção, adotado trinta anos depois, em 20 de novembro de 1989. Através da convenção, foi garantida a doutrina da proteção integral, tendo como base o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos especiais, devido à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, razão pela qual deverão merecer prioridade absoluta no atendimento de seus direitos.

A importância do documento se expressa também pela aceitação que teve internacionalmente. De acordo com informação divulgada pela ONU,

a Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 192 países. Somente dois países não ratificaram a Convenção: os Estados Unidos e a Somália [...] ²⁹.

A Convenção não apenas sugere princípios aos Estados como faz a Declaração dos Direitos da Criança. Trata-se de um documento que estabelece deveres e obrigações

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

²⁸ PEREIRA, 1999, op. cit., p. 5.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

de caráter universal, colocando a criança e o adolescente num patamar até então não reconhecido de forma efetiva.

No que diz respeito ao valor jurídico da Convenção dos Direitos da Criança,

Josiane Veronese afirma que:

Ao contrário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam se servir ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento. Como um conjunto de deveres e obrigações aos que a ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional e, assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los. Há que se colocar, ainda, que tal documento possui mecanismos de controle que possibilitam a verificação no que tange ao cumprimento de suas disposições e obrigações, sobre cada Estado que a subscreve e a ratifica.³⁰

De acordo com Celso de Albuquerque Mello, a Convenção dos Direitos da Criança é formada por cláusulas pétreas, o que a diferencia de outros documentos internacionais:

A Convenção sobre os Direitos das Crianças tem a peculiaridade de ser toda ela formada por cláusulas pétreas, isto é, elas devem ser respeitadas em todas as situações. Não é como ocorre com os tratados de direitos humanos que em determinadas situações de emergência têm grande parte de suas cláusulas suspensas.³¹

Flávia Piovesan destaca ainda outros pontos importantes da Convenção dos Direitos da Criança como documento internacional de garantia dos direitos humanos:

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990, destaca-se como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações.

[...]

³⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p. 97/98.

³¹ MELLO, Celso de Albuquerque. A criança no direito humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 497.

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade.³²

Ainda com referência à importância do reconhecimento da dignidade humana de forma específica à criança e ao adolescente, destaca-se o comentário de Henry Steiner e Philip Alston:

A Convenção é extraordinariamente abrangente em escopo. Ela abarca todas as áreas tradicionalmente definidas no campo dos direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao fazê-lo, contudo, a Convenção evitou a distinção entre essas áreas e, contrariamente, assumiu a tendência de enfatizar a indivisibilidade, a implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos.³³

O preâmbulo da Convenção não deixa dúvida de que a base para sua construção foi o princípio da dignidade da pessoa humana, já consagrado nas Declarações Universais dos Direitos Humanos e dos Direitos da Criança. Destaca-se a seguinte parte do referido preâmbulo:

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo fundamentam-se no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;

Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e concordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos pactos internacionais de direitos humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, seja de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; [...]

³² PIOVESAN, op. cit., p. 199.

³³ Apud PIOVESAN, op. cit., p. 200.

As diretrizes traçadas pela Convenção dos Direitos da Criança foram fundamentais para a mudança de paradigma no tratamento da criança e do adolescente no mundo, especialmente por garantir uma cidadania universal a estes seres humanos em desenvolvimento. Além de ratificar o que já havia sido proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, acrescenta a necessidade de proteção e cuidados especiais devido à vulnerabilidade da criança.

1.3 O direito da infância e juventude no Brasil

Antes de seguir as tendências internacionais de garantia dos direitos humanos, o direito da infância e juventude no Brasil passou por fases críticas, nas quais a criança e o adolescente, denominados “menores”, eram tidos como objetos nas mãos do Estado, da sociedade e de outras instituições.

No início da colonização brasileira, as Ordenações do Reino influenciaram diretamente o tratamento destinado às crianças. Não havia uma legislação menorista específica, de forma que se mantinha o respeito à autoridade máxima do pai no seio da família.³⁴

No entanto, os costumes indígenas encontrados no Brasil eram bastante próprios e diferenciados dos costumes europeus, o que levou os jesuítas a se dedicarem à catequização das crianças índias. Isso porque era mais fácil educar os filhos que os pais, já que estes se encontravam com os costumes inteiramente arraigados em suas personalidades.³⁵

Rafael Chambouleyron comenta a respeito do ensino das crianças pelos jesuítas:

Além da conversão do “gentio” de um modo geral, o ensino das crianças, como se vê, fora uma das primeiras e principais preocupações dos padres da Companhia de Jesus desde o início da sua missão na América portuguesa. Preocupação que, aliás, também estava expressa no Regimento do

³⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito 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: Lúmen Juris, 2006, p. 5.

³⁵ Idem.

governador Tomé de Sousa, no qual o rei dom João III determinava que “aos meninos porque neles imprimirá melhor a doutrina, trabalhareis por dar ordem como se façam cristãos”.³⁶

Também a prática da escravidão e a necessidade de amas de leite para amamentar os filhos dos senhores foram motivos determinantes para que as crianças escravas passassem a ser apartadas de suas famílias. Às vezes, a gravidez sequer chegava até o final, já que era um verdadeiro suplício para as mulheres escravas. Normalmente eram alugadas por um bom preço para servirem de amas de leite, o que, evidentemente, prejudicava o próprio filho.³⁷

A notícia que se tem do período escravocrata é que as crianças eram fortemente desvalorizadas e a mortalidade infantil era alta, conforme dados coletados por Julita Scarano:

Notamos em inúmeros elencos de nascimento e de óbito que a situação do negro era de molde a esvaziar o crescimento vegetativo. Como um exemplo entre outros, no Mapa de Moradores da Comarca do Serro do Frio, de 1776, encontramos:

	Nascimentos	Óbitos
Branco	473	246
Pardos, cabras e mestiços	717	239
Pretos e crioulos	544	596
[...]		

Quanto à desvalorização das crianças negras, Julita relata que havia uma preocupação maior com os cavalos que em relação às próprias crianças:

Causa espanto a desvalorização com que eram tidos os escravos, sobretudo as escravas e mais ainda as crianças, pouquíssimo mencionadas em assuntos de vida diária nos documentos oficiais que tratam da região das minas e que se encontram conservadas em arquivos. Por exemplo, em relação à questão alimentar e aos cuidados necessários para uma vida sadia, vemos uma preocupação maior em relação aos cavalos do que aos escravos. [...] Quanto

³⁶ CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007, p. 55/56.

³⁷ SCARANO, Julita. Criança esquecida das Minas Gerais. In: *Ibid.*, p. 114/115.

às crianças negras que não podiam participar dos trabalhos e propiciar lucro, não encontramos manifestações de preocupação com seu bem-estar.³⁸

Conforme se verifica, o abandono e a desconsideração total em relação às crianças foi uma constante em todo o período colonial. As conseqüências desse descaso levaram a imposição à municipalidade, através das Ordenações do Reino, da obrigação de amparar toda criança abandonada em seu território. Contudo, a omissão das câmaras municipais gerou uma falta completa de atendimento às crianças, que acabavam recebendo a caridade de famílias que as encontravam pelas ruas. O acolhimento pelas famílias, em muitos casos, tinha o objetivo de utilização das crianças como mão-de-obra após seu crescimento.

Maria Luiza Marcilio relata como acontecia esse abandono:

Raramente as municipalidades assumiram a responsabilidade por seus pequenos abandonados. Alegavam quase todas falta de recursos. Havia de fato descaso, omissão, pouca disposição para com esse serviço que dava muito trabalho. A maioria dos bebês que iam sendo largados por todo lado acabavam por receber a compaixão de famílias que os encontravam. Estas criavam os expostos por espírito de caridade, mas também, em muitos casos, calculando utilizá-los, quando maiores, como mão-de-obra familiar suplementar, fiel, reconhecida e gratuita; desta forma, melhor do que a escrava.³⁹

De outro lado, as crianças dos senhores eram educadas em escolas com professores europeus. Não sofriam os horrores que eram direcionados às crianças negras ou mestiças, mas também não eram dotadas de direitos específicos referentes à fase da vida pela qual passavam, já que os adultos eram os responsáveis por ditar as regras a serem seguidas na infância:

Diferentes discursos produzidos pelo universo adulto enquadraram a criança e o adolescente, determinando os espaços que eles poderiam freqüentar e

³⁸ Ibid., p. 119/120.

³⁹ MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 54.

estabelecendo os princípios e conceitos norteadores do seu crescimento e educação. Paralelamente, era a rotina do mundo adulto que ordenava o cotidiano infantil e juvenil, por meio de um conjunto de procedimentos e práticas aceitos como socialmente válidos.⁴⁰

O século XVIII foi marcado por um aumento significativo da população do país, especialmente em razão do crescimento do tráfico de escravos. Navios negreiros traziam anualmente para o Brasil cerca de nove mil africanos.⁴¹ Conseqüentemente, houve o crescimento da população infantil e junto com ele o aumento do abandono de crianças, especialmente ilegítimas e filhos de escravos, principalmente porque “os inúmeros nascimentos de filhos de brancos com pessoas de outra etnia tornaram os mulatos e mestiços, no final do século, o grupo mais numeroso dos habitantes da capitania.”⁴²

O crescimento de crianças abandonadas levou o colonizador a introduzir no Brasil leis e instituições de proteção à infância desamparada. Nesse momento, iniciou-se o sistema das chamadas Rodas dos Expostos, instituições mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia com o propósito de acolher crianças que eram abandonadas (ou expostas) pelos responsáveis, os quais sequer precisavam se identificar:

O nome roda se refere a um artefato de madeira fixado ao muro ou janela do hospital, no qual era depositada a criança, sendo que ao girar o artefato a criança era conduzida para dentro das dependências do mesmo, sem que a identidade de quem ali colocasse o bebê fosse revelada.

A roda dos expostos, que teve origem na Itália durante a Idade Média, aparece a partir do trabalho de uma Irmandade de Caridade e da preocupação com o grande número de bebês encontrados mortos. Tal Irmandade organizou em um hospital em Roma um sistema de proteção à criança exposta ou abandonada.

As primeiras iniciativas de atendimento à criança abandonada no Brasil se deram, seguindo a tradição portuguesa, instalando-se a roda dos expostos nas Santas Casas de Misericórdia. Em princípio três: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738), Recife (1789) e ainda em São Paulo (1825), já no início

⁴⁰ MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: PRIORE, op. cit., p. 140.

⁴¹ FLORENTINO, José Roberto de Góes Manolo. Crianças escravas, crianças dos escravos. In: *Ibid.*, p. 178.

⁴² SCARANO, op. cit., p. 112.

do império. Outras rodas menores foram surgindo em outras cidades após este período.⁴³

O objetivo principal do sistema da roda era incentivar o expositor a deixar o bebê na instituição ao invés de abandoná-lo pelas ruas, onde acabava perdendo a vida. Por essa razão, não precisava se identificar, mas apenas expor a criança no artefato de madeira e forma cilíndrica que era fixado ao muro ou à janela da instituição. Após a exposição, o artefato era girado e a criança passava ao outro lado do muro:

O sistema de roda de expostos foi inventado na Europa medieval. Seria ele um meio encontrado para garantir o anonimato do expositor e assim estimulá-lo a levar o bebê que não desejava para a roda, em lugar de abandoná-lo pelos caminhos, bosques, lixo, portas de igreja ou de casas de família, como era o costume, na falta de outra opção. Assim procedendo, a maioria das criancinhas morriam de fome, de frio ou mesmo comidas por animais, antes de serem encontradas e recolhidas por almas caridosas.⁴⁴

Contudo, devido principalmente a dificuldades financeiras, apenas uma parcela das crianças era acolhida pelas instituições, sendo que a maioria era empregada em casas de família ou morrendo ao desamparo. De acordo com Maria Luiza Marcilio,

a quase totalidade destes pequenos expostos nem chegavam à idade adulta. A mortalidade dos expostos, assistidos pelas rodas, pelas câmaras ou criados em famílias substitutas, sempre foi a mais elevada de todos os segmentos sociais do Brasil, [...] ⁴⁵.

Tais fatos, aliados à possibilidade de que o expositor permanecesse no anonimato, aos poucos levaram à extinção do sistema da roda.

Após a proclamação da República, o enfoque da política para a infância seguiu as diretrizes do sistema capitalista, adotando o sistema de creches para que os trabalhadores das indústrias tivessem um local para deixar seus filhos.

⁴³ SANTA CASA DE MISERICÓRIDA. Disponível em: <[http://: www.santacasaba.org.br](http://www.santacasaba.org.br)>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁴⁴ MARCILIO, op. cit., p. 53/54.

⁴⁵ MARCILIO, op. cit., p. 55.

Além disso, apareceram instituições diferenciadas para receberem crianças desamparadas. Aquelas que não possuíam família eram encaminhadas para os grandes orfanatos; aquelas que ficavam pelas ruas, sobrevivendo de pequenas infrações, eram encaminhadas para as casas correccionais, construídas nas principais cidades brasileiras, mantendo crianças e adolescentes sob verdadeiro regime prisional. A política tinha como eixo central a criação de asilos de educandos, estruturados a partir de uma disciplina rígida, baseada no dever cívico, oferecendo instrução elementar e capacitação para o trabalho, com o objetivo de que as crianças pudessem, no futuro, fazer algo por si mesmas e pela Nação. As casas de recolhimento objetivavam tanto educar menores em abandono, quanto corrigir menores delinqüentes (informação verbal)⁴⁶.

Josiane Veronese aborda as instituições do período republicano nos seguintes termos:

A mentalidade médico-higienista fazia um grande elo com suas propostas de medidas profiláticas para os males sociais, pois “uniu os ideais republicanos de *Ordem e Progresso* à necessária mudança da ordem social, adequando-a à industrialização, desta maneira implicou a responsabilidade do Estado em encampar a assistência aos menores de forma oficial”. Os intelectuais da época, impulsionados pelos ideais progressistas e nacionalistas, concluíram que assistir uma criança não significava somente dar-lhe casa e comida. Fazia-se necessário que as instituições formassem o indivíduo na moral, bons costumes, educação elementar e que lhe fornecessem ainda uma capacitação profissional, a qual mais tarde lhe permitiria o seu próprio sustento.⁴⁷

O sistema então adotado no país iniciou a construção da doutrina baseada no binômio carência/delinqüência. Não havia uma preocupação específica com as garantias dos direitos da criança e do adolescente, mas sim uma obrigação do Estado em solucionar o grande “problema” que surgia na sociedade brasileira, qual fosse o aumento de menores carentes e delinqüentes.

⁴⁶ Informação fornecida pela Promotora de Justiça Nívea Mônica da Silva na palestra *Promovendo o direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes abrigados*, proferida no Seminário Toda Criança em Família, em Montes Claros/MG, em 11 de abril de 2008.

⁴⁷ MARCILIO, op. cit., p. 21.

No que diz respeito às Constituições, tanto a do Império (1824), quanto a primeira da República (1891), foram omissas em relação à assistência de crianças e adolescentes.⁴⁸

No campo infracional, o Código Penal do Império, de 1830, estabelecia a imputabilidade aos quatorze anos de idade, sendo possível a realização de exame para análise da capacidade de discernimento em idades inferiores e o conseqüente encaminhamento para as casas de correção.⁴⁹ O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, manteve a imputabilidade penal aos quatorze anos de idade. Contudo, fixou a inimputabilidade absoluta aos nove anos com a possibilidade de realização do exame para analisar a capacidade de discernimento dos nove aos quatorze anos de idade.

Em 1924, foi criado, no Brasil, o Juizado Privativo de Menores Abandonados e Delinqüentes, através do Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Uma das principais funções do juiz era declarar a condição jurídica da criança – se abandonada ou delinqüente – e qual o amparo deveria receber.⁵⁰

Uma das maiores dificuldades encontradas pelo Juízo Privativo de Menores foi a ausência de instituições que executassem as medidas aplicadas pelo juiz, o que levou ao crescimento da luta em favor de uma legislação específica sobre o menor.⁵¹

Assim, em 1927, foi promulgado o primeiro Código de Menores, através do Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, em homenagem a José Cândido Albuquerque de Mello Mattos, jurista que elaborou seu projeto. Seguindo as diretrizes do decreto anterior que havia criado o Juizado Privativo de Menores, o referido código classificou crianças e adolescentes em duas categorias:

⁴⁸ Ibid., p. 19.

⁴⁹ AMIN, op. cit., p. 5.

⁵⁰ VERONESE, op. cit., p. 23.

⁵¹ Ibid., p. 24.

abandonadas e delinquentes, facultando ao juiz de menores a retirada do pátrio poder em caso de maus-tratos e abandono.

Uma das principais lutas enfrentadas por Mello Mattos foi exatamente a questão relativa ao pátrio poder. Apesar de não existir mais o direito de vida e de morte dos pais sobre os filhos, esta idéia patriarcal ainda estava arraigada na sociedade. Contudo, Mello Mattos conseguiu a aprovação dos dispositivos que possibilitavam a interferência do Estado nas relações pais e filhos, de maneira a amenizar o poder dos pais:

O Decreto n. 5.083, de 1º de dezembro de 1926, aprovou o Projeto Mello Mattos, que trazia nos seus dispositivos a concepção moderna de pátrio poder, isto é, considerava como bivalente a tutela do menor, de modo que o poder do pai sobre o filho passou a ser regulado e o Estado poderia intervir sobre esta relação.

Entendemos que esta nova concepção se constitua num importante divisor de águas entre o Direito arcaico e o moderno, uma vez que o pátrio poder é transformado em pátrio dever, o qual confere aos pais a obrigação de educar os filhos, de castigá-los moderadamente ou de levar-lhes ao magistrado quando extrapolassem ao seu controle.[...] ⁵²

De acordo com as medidas infracionais estabelecidas no Código Mello Mattos, crianças e adolescentes até quatorze anos recebiam medidas punitivas com objetivos educacionais. Entre quatorze e dezoito anos, os jovens eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada. Dessa forma, foi afastado de vez o critério do discernimento anteriormente adotado na apreciação judicial dos atos do menor infrator.

Apesar dos avanços introduzidos pelo Código Mello Mattos, o referido estatuto legal acabou consolidando uma política assistencialista e repressiva para a infância e juventude. O título de “menor” passou a referenciar a criança e o adolescente pobre e, portanto, potencialmente perigoso. Constatada a situação irregular, ao Juiz de Menores cabia decidir o destino daquele menino ou menina.

⁵² Ibid., p. 25/26.

Contudo, mais uma vez as medidas aplicadas pelos juízes não se concretizavam devido à ausência de políticas para implantação e manutenção de instituições que executassem tais medidas.⁵³

Como forma de tentar dirimir essa dificuldade, foi instituído o Sistema de Assistência aos Menores (SAM), fundado em 1941, através do Decreto-lei n° 3.799, modificado pelo Decreto-lei n° 6.865/1944, com o objetivo de diminuir a ameaça causada por meninos considerados perigosos e desvalidos, instaurando, assim, uma política nacional de assistência aos menores.⁵⁴

Predominava nas instituições uma política repressiva e punitiva, marcada por práticas violentas. Assim, as mazelas do SAM e seu tratamento inadequado aos internos levaram à sua substituição pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), através da Lei n.º 4.513, de 1.º de dezembro de 1964, fundada na Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

Na prática, apesar da proposta pedagógico-assistencial progressista da FUNABEM e o objetivo de evitar a institucionalização de crianças e adolescentes, esta política não passava de mais um instrumento do regime autoritário em nome da segurança nacional:

A partir do momento que o problema da infância adquire *status* de problema social, sobre ele recaem os preceitos da ideologia de segurança nacional. A PNBEM – Política Nacional do bem-estar do Menor – tem assim toda a sua estrutura autoritária resguardada pela ESG, Escola Superior de Guerra, cujo fim específico era o de repassar a ideologia supra.

A criança, então, não mais é simples responsabilidade de entidades privadas e de alguns organismos estatais, que atuavam de acordo com seus preceitos regionais, passando a ser enquadrada aos objetivos de uma *Política do bem-estar do Menor*, cuja responsabilidade seria da FUNABEM.⁵⁵

⁵³ Ibid., p. 31.

⁵⁴ Ibid., p. 32.

⁵⁵ Ibid., p. 33.

Não havia uma política suficiente para reeducar crianças e adolescentes, aumentando, assim, o número de menores marginalizados, os quais acabavam sendo submetidos a um método pedagógico alienado, decorrente do sistema ditatorial.

No final da década de 70, ainda no período militar, o Código Mello Mattos foi substituído pela Lei nº. 6.695, de 10 de outubro de 1979. O novo Código de Menores consolidou a doutrina da situação irregular, permanecendo a cultura da internação como única solução para menores carentes e delinquentes. Foram estabelecidas medidas indiferentes para serem aplicadas aos menores em situação irregular, incluindo nesta categoria os menores delinquentes, carentes e abandonados.

O próprio Código de 1979 definiu, no artigo 2º, o que significava a expressão *situação irregular*:

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

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

III - em perigo moral, devido a:

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

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

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

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Alyrio Cavallieri salienta que

o art. 2º abrangia, no item I, o menor abandonado materialmente; no item II, o menor vítima; no item III, o menor em perigo moral; no item IV, o menor em abandono jurídico; no item V, o menor com desvio de conduta ou inadaptado e no item VI, o menor infrator.⁵⁶

⁵⁶ Apud VERONESE, op. cit., p. 36.

O período de vigência do Código de Menores foi marcado pela cultura da internação para menores carentes e delinquentes, e “a segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução.”⁵⁷

No entanto, a crescente urbanização do país aumentou também a exclusão social de parcela significativa de meninos e meninas, principalmente devido à ausência de políticas sociais de proteção às crianças e aos adolescentes. No campo político, a democratização fez com que as diretrizes da FUNABEM passassem a ser vistas como resquício do regime militar. Aliado a este fato, o problema dos “meninos de rua” passou a ser enxergado como questão nacional.

No plano internacional, a Convenção dos Direitos da Criança adotada pela ONU em 1989 passou a exercer influência nas legislações nacionais. No Brasil, a convenção ainda estava sendo redigida quando, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, previu que era dever do Estado, da sociedade e da família assegurar às crianças e aos adolescentes com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à cultura e à dignidade. Ainda hoje, o artigo da Constituição Brasileira é considerado a melhor síntese da convenção, colocando “o Brasil no seleto rol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infanto-juvenis[...]”.⁵⁸

Além do artigo 227 da Constituição de 1988, a Convenção dos Direitos da Criança foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto n.º 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 99.710/90. Foi a primeira nação a incorporar na legislação nacional os princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Maria de Fátima Carrada Firmo faz referência aos compromissos sociais assumidos pelo Brasil a partir do reconhecimento constitucional dos princípios relativos aos direitos humanos:

⁵⁷ AMIN, op. cit., p. 3.

⁵⁸ Ibid., p. 9.

A Constituição priorizou a positivação normativa dos direitos humanos, acolhendo os princípios daqueles direitos, reconhecidos internacionalmente a partir da Carta da Organização das Nações Unidas – ONU, da qual resultaram a Declaração Universal dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, bem como as declarações referentes à criança e ao adolescente, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), as Regras de Beijing ou Regras Mínimas da ONU para a administração da Justiça de Menores (1985), e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU (1989), sendo esta o resultado de um trabalho de representantes de diversos países, que, durante 10 anos, buscaram definir quais os direitos humanos comuns a todas as crianças, capazes de abranger as diferentes conjunturas socioculturais existentes entre os povos, recomendando que a criança seja prioridade imediata e absoluta e reafirmando o princípio do interesse maior da criança, tendo sido promulgada no Brasil através do Dec. N° 99.710, de 1990.⁵⁹

A mudança de paradigma levou à extinção da FUNABEM em 1990, já desgastada pelo péssimo atendimento dispensado ao menor de 18 anos. A referida instituição foi substituída pelo Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), incorporando uma terminologia diferenciada, com o objetivo de humanizar o direito da criança e do adolescente.⁶⁰

Em seguida, sob a influência das declarações universais e do trabalho desenvolvido pela ONU, especialmente através do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), foi promulgada a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inaugurando uma nova política de atuação na área da infância e juventude, fundada no binômio proteção integral/prioridade absoluta. Mais do que um instrumento jurídico, o Estatuto é o registro de um verdadeiro progresso da sociedade brasileira na compreensão da criança e do adolescente como sujeitos que merecem toda atenção, carinho, sensibilidade e compromisso para a garantia de seus direitos.

Em que pese as duras críticas destinadas ao ECA, muitas vezes equivocadas pela ausência de maiores esclarecimentos sobre o assunto, o referido diploma legal foi o

⁵⁹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11.

⁶⁰ AMIN, op. cit., p. 8.

responsável pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Trata-se de seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento, razão pela qual necessitam de legislação diferenciada. Ser sujeito de direitos, nos dizeres de Tânia da Silva Pereira, “é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial [...]”.⁶¹

O tratamento secular de desumanidade destinado à criança e ao adolescente trouxe uma ênfase maior na questão relativa aos direitos e garantias da infância e juventude. Contudo, a legislação oferece todo um sistema formado pela construção de políticas públicas, as quais, uma vez efetivadas, certamente proporcionarão uma mudança na realidade violenta que marca essa área essencial para o desenvolvimento da humanidade.

Durante muitos séculos – no Brasil e no Mundo – pouco se preocupou com o desenvolvimento adequado de crianças e adolescentes. A evolução legislativa ocorreu de forma lenta, passando por um grande período no qual a política de atendimento à criança e ao adolescente resumia-se ao assistencialismo dirigido aos abandonados e à correção dirigida aos delinquentes. Somente em 1990, seguindo as diretrizes traçadas pela Constituição da República de 1988, é que houve a promulgação da Lei nº. 8.069/90, substituindo a doutrina da “situação irregular”, antes prevista nos Códigos de Menores de 1927 e 1979, pela doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta. A política agora é de concretização de garantias e o desafio da época atual é retirar os direitos da infância e juventude do papel e transformá-los em realidade.

1.4 A doutrina da proteção integral

⁶¹ PEREIRA, 1999, op. cit., p. 29.

Seguindo as diretrizes internacionais humanitárias relativas à criança e ao adolescente, a doutrina da proteção integral passou a ser adotada no Brasil através do artigo 227 da Constituição da República de 1988 como fundamento do direito da infância e juventude.

A referida doutrina está em perfeita consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que integraliza o reconhecimento à infância e juventude de todos os direitos inerentes ao ser humano e outros decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Sobre a influência que as normas internacionais exerceram na construção da doutrina da proteção integral, Cury, Garrido e Marçura esclarecem que:

A doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (*Regras de Beijing*); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência juvenil (*Diretrizes de Riad*).⁶²

O artigo 227 da Constituição de 1988, ao reconhecer a doutrina da proteção integral, traçou os fundamentos para a construção legislativa que viria substituir o então Código de Menores de 1979. Nasceu, assim, a Lei n.º 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo em seu primeiro artigo que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

Tanto os preceitos constitucionais relativos à infância e juventude quanto a Lei n.º 8.069/90 tiveram influência direta da Convenção dos Direitos da Criança, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da doutrina da proteção integral. Roberto Elias escreve sobre referida influência:

Há de se observar, também, que a nova lei está conforme com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, assinada pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, e cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 14 de setembro de 1990. A propósito, o art. 4º da referida Convenção estatui que “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção”.⁶³

A trajetória da mudança de paradigma em relação ao direito infanto-juvenil é assim demonstrada por Paulo Afonso Garrido de Paula:

Se, num passado remoto, a criança ou adolescente era coisa conseqüentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, depois, em razão de alguma patologia, erigia-se um conjunto de normas tendentes à integração sócio-familiar (doutrina da situação de risco), modernamente passa a ser considerado como sujeito de direitos, sendo-lhes devida a proteção integral perante a família, a sociedade e o Estado.⁶⁴

Crianças e adolescentes são agora sujeitos de direitos, e não mais objetos de intervenção do Estado, da sociedade e da família, conforme ocorria na vigência das legislações anteriores. Por estarem em processo de formação de seus aspectos físico, psíquico, intelectual, moral, social, dentre outros, todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção, devem ser protegidos pela família, sociedade e Estado até atingirem a plenitude do potencial que pode ser alcançado pelos seres humanos.

Dessa forma, a doutrina da situação irregular prevista no anterior Código de Menores foi substituída pela doutrina da proteção integral:

Diferentemente do Código de Menores (Lei n. 6.698, de 10-10-1979), revogado expressamente pelo art. 267 do Estatuto da Criança e do

⁶² CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

⁶³ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

⁶⁴ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002, p. 25.

Adolescente, este diploma legal não se restringe ao menor em situação irregular, mas tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente. Agora, além de se responsabilizar os pais ou responsáveis pela situação irregular do menor, outorga-se a este uma série infindável de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento.⁶⁵

A modificação legislativa não significou apenas uma alteração superficial de nomenclatura, mas afirmou uma mudança de paradigma no tratamento em relação à infância e juventude, tornando-se um marco na história da criança e do adolescente.

Wilson Donizeti Liberati alerta para o fato de que hoje

em situação irregular estão a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem.⁶⁶

Tal constatação demonstra e justifica a necessidade de mudança no tratamento da infância e juventude.

Andréa Rodrigues Amin traça um paralelo entre a situação irregular e a proteção integral, apresentando a diferença essencial entre as duas doutrinas:

Em resumo, a situação irregular era uma doutrina não universal, restrita, de forma quase absoluta, a um limitado público infanto-juvenil.

[...]

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, “apagando-se incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram passíveis de execução.

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível.⁶⁷

Por fim, a autora apresenta um quadro comparativo entre as doutrinas supracitadas:

Nesse confronto entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral se mostra ilustrativo o quadro comparativo apresentado por Leoberto Narciso Brancher:⁶⁸

ASPECTO	ANTERIOR	ATUAL
Doutrinário	Situação Irregular	Proteção Integral
Caráter	Filantrópico	Política Pública

⁶⁵ ELIAS, op. cit., p. 1.

⁶⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 13/14.

⁶⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, op. cit., p. 16.

⁶⁸ Ibid., p. 18.

Fundamento	Assistencialista	Direito Subjetivo
Centralidade Local	Judiciário	Município
Competência executória	União/Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-gestão Soc. Civil
Organização	Piramidal Hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

O quadro acima ilustra de forma clara a diferença dos aspectos que sustentam cada uma das doutrinas. Conforme se verifica, a proteção integral baseia-se na aplicação de políticas públicas capazes de alcançar a integralidade das crianças e adolescentes, agora considerados sujeitos de direitos. Para tanto, deixou para trás o caráter centralizador e hierárquico da doutrina da situação irregular, para buscar a maior participação possível da família, da sociedade civil organizada e do Estado, formando uma rede democrática de atendimento à criança e ao adolescente. O município passou a

ter papel primordial na implementação e execução de políticas públicas para alcance das diretrizes da proteção integral, ficando à União e aos Estados a participação maior na destinação de recursos.

Toda essa mudança paradigmática universalizou o atendimento da criança e do adolescente. Para efetivar a referida universalização, o Estatuto da Criança e do Adolescente oferece uma série de instrumentos necessários ao alcance desse objetivo.

No entendimento de Josiane Veronese, essa efetivação se dá a partir da aplicação dos princípios do Estatuto da seguinte forma:

- 1 – entre 0 e 18 anos – art. 70: medidas de prevenção;
- 2 – entre 0 e 18 anos, que tiveram seus direitos ameaçados ou violados – art. 98: medidas de proteção;
- 3 – entre 0 e 18 anos, no caso de prática de ato infracional: medidas específicas de proteção;
- 4 – entre 18 e 21 anos – art. 2º, parágrafo único: medida excepcional;
- 5 – medidas pertinentes aos pais ou responsável – art. 129.⁶⁹

Continua a autora esclarecendo que as medidas de prevenção estão estabelecidas em vários dispositivos da Lei n.º 8.069/90, especialmente no Título III do Livro I, que trata da prevenção geral e da prevenção especial, estabelecendo regras para evitar que os direitos da criança e do adolescente sejam violados ou ameaçados. Uma vez concretizada a violação, serão aplicadas as medidas de proteção geral previstas no Título II do Livro II; havendo prática de ato infracional pelo adolescente, serão aplicadas as medidas de proteção especial previstas no Título III do Livro II. Excepcionalmente, algumas medidas poderão ser aplicadas aos jovens entre 18 e 21 anos, desde que previstas expressamente no Estatuto. Por fim, as medidas previstas no artigo 129 do Estatuto são destinadas aos pais ou responsáveis, visando à proteção de crianças e adolescentes, bem como a estruturação da família em risco social.⁷⁰

A responsabilidade para implementar, aplicar e executar todas essas medidas é da família, da sociedade e do Estado, formando assim uma rede de atendimento à criança e ao adolescente, exatamente em razão do aspecto participativo e democrático da doutrina da proteção integral.

O trabalho em rede e sua importância para a doutrina da proteção integral é assim especificado pela Promotora de Justiça da Infância e Juventude de Belo Horizonte, Maria de Lurdes Santa Gema:

VIGANÓ ressalta que o termo “rede” comporta a idéia de que o trabalho possa ir de um lado a outro, de uma instituição a outra, em que um sujeito possa usufruir de vários pontos de apoio. Portanto, a rede social funcionaria como um conjunto de trilhas que, além de traçar os mapas de acesso no âmbito da atenção à infância e ao adolescente, pressupõe intervenções

⁶⁹ VERONESE, op. cit., p. 83.

⁷⁰ Ibid., p. 83 et seq.

articuladas, trançadas, interdependentes e coordenadas. (in Viganó, Carlo. O trabalho em rede. Conferências de Carlo Viganó. Ago/1999. Mimeo.)⁷¹

Com a criação do ECA e a conseqüente adoção da doutrina da proteção integral, não existe mais o “menor” em situação irregular, mas sim sujeitos de direitos que necessitam de cuidados especiais em razão da peculiar condição de ser humano em desenvolvimento, cujo dever cabe aos diversos setores da sociedade, governamentais ou não, e que deverão ser prestados com absoluta prioridade.

Proteger integralmente significa, acima de tudo, reconhecer a condição de ser humano a cada criatura que vem ao mundo, desde o momento em que é gerada, sem discriminação de qualquer espécie. Não significa apenas conceder direitos aleatórios às crianças e aos adolescentes, mas oferecer condições dignas de vida para se formar um cidadão. Mas uma cidadania que não fique apenas no papel, pois, conforme ensina Gilberto Dimenstein, “para educar basta garantir o que já existe no papel”.⁷²

1.5 Os princípios informadores da infância e juventude

O direito da infância e juventude tem sido identificado como ramo autônomo da Ciência do Direito, dada a sua especialidade, formando um conhecimento sistematizado através de método e objeto próprios.

De acordo com José de Farias Tavares, as mudanças sociais passaram a exigir o tratamento diferenciado das pessoas em fase de desenvolvimento biopsicossocial, consideradas hipossuficientes para arcarem com as responsabilidades jurídicas. O tratamento e os cuidados especiais destinados às crianças e aos adolescentes culminou com a especialização do direito infanto-juvenil:

A sofisticação da sociedade passou a exigir especial trato dos assuntos concernentes às pessoas em fase de desenvolvimento biopsicossocial, por isso, as consideradas em lei como hipossuficientes para arcarem com as responsabilidades jurídicas.

[...]

A necessidade de estudos específicos, com autonomia acadêmica, a par da construção legislativa apropriada para reger as interações sociais que envolvem a população infanto-juvenil, e a institucionalização de Justiça especializada implicaram o surgimento de um novo ramo do Direito inicialmente denominado Direito do Menor.

A disciplina foi se desenvolvendo no campo jurídico em torno da minoridade ao longo do tempo. O contributo da doutrina em germinação, da jurisprudência paulatinamente formada, do aparelho estatal criado para a prestação jurisdicional especializada, da promulgação de leis sucessivas, até dos documentos internacionais, com o realce que a Organização das Nações

⁷¹ SANTA GEMA, Maria de Lurdes Rodrigues. O Ministério Público como fortalecedor do trabalho em rede. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, out. 2007. Edição Especial, p. 68/69.

⁷² DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 149.

Unidas deu ao assunto, tornou o Direito Infanto-juvenil matéria de crucial importância na sociedade hodierna.⁷³

Em seguida, o autor supracitado apresenta a seguinte definição genérica deste novo ramo do Direito:

Direito da Infância e Juventude é, em sentido genérico, o sistema de métodos de estudo, doutrina, princípios e normas jurídicas aplicáveis às relações ocorrentes na interação social, concernentes às pessoas, aos bens e aos interesses dos que se acham em fase de desenvolvimento biopsicossocial.⁷⁴

Particularizando a definição para o âmbito nacional, tem-se a seguinte definição:

Direito da Infância e Juventude no Brasil é o sistema de métodos de estudo e aplicação dos princípios jurídicos e das normas referentes aos sujeitos do Direito Especial de proteção integral, pessoas de menos de 18 anos de idade, consideradas pela Constituição e pela Lei em estágio peculiar de desenvolvimento biopsicossocial.⁷⁵

Ainda no âmbito nacional, Antônio Fernando do Amaral e Silva, ao tratar do direito infanto-juvenil como direito especial, define-o como

um novo ramo, criado a partir da Constituição de 88, inspirado na Doutrina da Proteção Integral e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; prende-se aos princípios gerais, às regras técnicas do Direito, aos conceitos da Ciência Jurídica, buscando a realização do justo, do bem comum, da equidade.⁷⁶

Como direito especial, deverá ser informado por regras e princípios estabelecidos com fundamento na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente. As regras fornecem a segurança necessária para delimitação da conduta; já os princípios expressam valores relevantes e fundamentam as regras.

⁷³ TAVARES, op. cit., p. 26/27.

⁷⁴ Ibid., p. 31.

⁷⁵ Ibid., p. 32.

⁷⁶ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 263.

⁷⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, op. cit., p. 21.

A doutrina da proteção integral, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura-se a partir de princípios que norteiam o direito da infância e juventude de forma específica.

Andréa Rodrigues Amin elenca três princípios basilares a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmando que: “Três são os princípios orientadores do ECA: a) princípio da prioridade absoluta; b) princípio do melhor interesse; c) princípio da municipalização.”⁷⁷

1.5.1 Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta decorre de determinação constitucional, nos termos do artigo 227 da Constituição da República de 1988. Em consonância com o referido artigo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece de forma expressa o princípio da prioridade absoluta, dispondo um rol mínimo de preceitos a serem seguidos para tornar efetivo o texto constitucional:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

A determinação constitucional não deixa margem à discricionariedade quando o assunto é criança e adolescente, cujo tratamento tem primazia sobre qualquer outra área,

objetivando sempre concretizar a proteção integral. Esse é o sentido dado ao princípio da prioridade absoluta por Andréa Amin, nos seguintes termos:

Estabelece primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.

[...]

Ressalte-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição da República e reenumerados no *caput* do artigo 4º do ECA.⁷⁸

A partir das especificações constitucional e infraconstitucional, três considerações merecem destaque na análise do princípio da prioridade absoluta: a) o motivo de sua opção pelo constituinte; b) os responsáveis por sua garantia e c) os preceitos mínimos que devem ser seguidos para sua concretização.

Primeiramente, o que justifica o reconhecimento da prioridade absoluta como garantia constitucional é a condição peculiar da criança e do adolescente como ser humano em desenvolvimento, cuja formação da personalidade ao longo do crescimento não pode esperar a boa vontade da família e da sociedade, ou a burocracia e a justificativa da falta de recursos por parte do poder público.

A par das considerações que destacam o Brasil como um país jovem, cujo desenvolvimento depende da garantia de melhores condições de vida às crianças e aos adolescentes, o tempo destes é o presente, e sua formação só acontecerá a partir da imediata efetivação dos direitos fundamentais necessários ao crescimento sadio sob os aspectos físico, moral, psicológico e intelectual. O direito infanto-juvenil perde a razão de ser diante da não aplicação do princípio da prioridade absoluta. De nada adianta garantir um direito depois de ultrapassada a fase da vida em que o ser humano mais necessita dele.

⁷⁸ Ibid., p. 22.

A segunda consideração sobre o princípio da prioridade absoluta diz respeito aos responsáveis por sua garantia. Nos termos da Constituição de 1988, são eles a família, a comunidade, a sociedade e o poder público, formando uma rede de atendimento à infância e juventude.

A família, considerada a base estrutural da sociedade e também o seio da formação de uma criança, configura-se como principal ator de mudança da realidade triste de abandono e descaso em relação à infância e juventude. Além da proximidade física, a família é o primeiro ambiente através do qual a criança toma contato com a vida. Por tais razões, é também a primeira a ter obrigações na garantia dos direitos infanto-juvenis, conforme entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo.⁷⁹

De fato, decorre da natureza humana o instinto maternal, de maneira que são comuns atitudes da mãe que deixa de se alimentar para dar de comer ao seu filho, priorizando o cuidado com o infante em todos os aspectos. No entanto, essa prioridade passou a ser obrigação a partir da Constituição de 1988, a tal ponto de se responsabilizar criminalmente pais ou mães que negligenciam o cuidado com seus filhos.

Também a comunidade tem o dever de garantir a prioridade absoluta à criança e ao adolescente. Embora não possua uma definição jurídica determinada, a comunidade tem sido entendida pela doutrina como a parcela da sociedade mais próxima da criança

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

⁸⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, op. cit., p. 23.

e do adolescente, tendo, por isso, papel relevante na garantia dos direitos infanto-juvenis:

A comunidade, parcela da sociedade mais próxima das crianças e adolescentes, residindo na mesma região, comungando dos mesmos costumes, como vizinhos, membros da escola e igreja, também é responsável pelo resguardo dos direitos fundamentais daqueles. Pela proximidade com suas crianças e jovens possuem melhores condições de identificar violação de seus direitos ou comportamento desregrado da criança ou do adolescente, que os colocam em risco ou que prejudiquem a boa convivência.⁸⁰

A Constituição de 1988 foi enfática na garantia de direitos à infância e juventude, na medida em que, além da comunidade, responsabilizou também a sociedade. Tal responsabilidade está ligada à idéia de solidariedade humana como necessidade natural de todo ser humano. O homem, para satisfazer suas necessidades e desenvolver suas potencialidades, precisa do outro.⁸¹ Por causa disso, é necessário também socializar as responsabilidades, já que os prejuízos causados à infância e juventude serão suportados direta e indiretamente pela sociedade como um todo. Não se trata mais de opção por fazer caridade em prol de “menores carentes e abandonados”, mas de responsabilidade social estabelecida constitucionalmente.

O último responsável pela garantia da prioridade absoluta é o que mais tem negligenciado na efetivação deste princípio. Trata-se do poder público em todas as suas esferas – legislativa, judiciária e executiva. Contudo, a ausência de políticas públicas necessárias para efetivar as medidas de prevenção, de proteção e sócio-educativas previstas no ECA, viola o princípio da prioridade absoluta e inviabiliza a doutrina da proteção integral.

Para não precisar citar violações de direitos como saúde, educação e outros mais, basta dizer que até mesmo o direito fundamental à vida tem sido violado em pleno século XXI. Fala-se em crescimento da economia e da tecnologia, enquanto crianças

⁸¹ DALLARI, op. cit., p. 24/25.

ainda morrem de fome ou por falta de cuidados básicos em bolsões de pobreza presentes em vários pontos do país e do mundo. De acordo com estatística do Fundo das Nações Unidas para a Infância, apesar da diminuição nacional da taxa de mortalidade infantil (número de crianças que morrem antes de completar 1 ano de vida para cada mil nascidos vivos), esse ainda é um problema enfrentado no país:

Portanto, para se manter a queda na taxa de mortalidade infantil será necessário o trabalho intenso que resulte numa maior cobertura e melhoria do pré-natal, assistência ao parto e pós-parto, que se traduz em melhor qualidade dos serviços de saúde, melhores condições hospitalares e melhoria na condição socioeconômica das populações mais carentes. Se políticas públicas com esses objetivos não forem fomentadas no País, corre-se o risco de uma estagnação na taxa de mortalidade.⁸²

Com efeito, o desenvolvimento de políticas públicas adequadas e prioritárias para a infância e juventude é essencial para melhorar os principais indicadores do índice de desenvolvimento humano do país. Índice este que permanecerá abaixo do mínimo necessário para a garantia de uma vida digna, caso o poder público não cumpra o seu papel no atendimento de crianças e adolescentes.

Muitos são os responsáveis por garantir a primazia no atendimento dos direitos fundamentais da infância e juventude. Dessa forma, enquanto a todos é dado o direito de se indignar frente às mazelas do setor público, de outra parte é também dada a todos a obrigação de contribuir para a garantia da prioridade absoluta aos direitos infanto-juvenis.

A terceira e última consideração quanto ao princípio da prioridade absoluta diz respeito aos preceitos mínimos estabelecidos no ECA para sua concretização:

Art. 4º - [...]

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

⁸² UNICEF. Disponível em <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 15 fev. 2008.

Observa-se, de início, que o rol supracitado não é exaustivo. Trata-se de uma norma do tipo aberto, permitindo interpretação ampla na busca da garantia de um princípio maior: a prioridade absoluta. Nesse sentido é o esclarecimento de Dalmo de Abreu Dallari:

Essa enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de assegurá-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional.⁸³

As duas primeiras hipóteses referem-se à primazia de receber proteção e socorro, bem como a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública. Esses são procedimentos que visam proteger a criança e o adolescente em casos de acidentes, calamidades públicas, serviços de saúde em geral, dentre outros. Os preceitos levam em conta a menor resistência física e mental de crianças e adolescentes e a garantia de que adultos, já desenvolvidos física e psicologicamente, não queiram se impor diante da fragilidade dos infantes.

Certamente que os dispositivos legais em questão devem ser interpretados com o bom senso necessário e dentro do princípio da proporcionalidade, que rege todo o Direito. Exemplificando, existem situações tais como o risco de morte para um adulto que esteja na fila para transplante de órgãos, cuja prioridade deverá privilegiar a garantia da vida. Nesse caso, a criança poderá aguardar. De qualquer forma, a análise do caso concreto deverá sempre levar em conta o princípio da prioridade absoluta, nos termos em que é definido no artigo 4º do ECA.

Os outros dois dispositivos dizem respeito à preferência na execução das políticas públicas e na destinação de recursos públicos. Com efeito, a justificativa de ausência de recursos, constantemente utilizada por gestores públicos para não

⁸³ Ibid., p. 27.

implementar políticas na área da infância, não pode mais prevalecer. Se há recursos para construção de praças ou asfaltamento de ruas, não pode faltar política de atendimento à criança e ao adolescente no município.

Nesse sentido, Wilson Donizetti Liberati traduz o sentido da prioridade absoluta nos seguintes termos:

(...) a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.⁸⁴

O artigo 4º do ECA deve ser interpretado da forma mais abrangente possível, já que a lei não poderia prever de forma detalhada todas as circunstâncias em que seria necessária a aplicação do princípio da prioridade absoluta. Além disso, por se referir à garantia de direitos fundamentais, não comporta interpretação restritiva. Esse é o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

Aí estão as principais exigências que decorrem diretamente do art. 4º do Estatuto, com seu parágrafo único. Evidentemente, a lei não poderia prever todas as circunstâncias e descer a pormenores sobre cada uma delas. Mas a leitura atenta desses dispositivos fornece elementos suficientes para que se perceba seu espírito e sua abrangência. Em caso de dúvida sobre seu alcance, deverá ser feita a interpretação observando-se que se trata da afirmação e garantia de direitos fundamentais, razão pela qual cabe perfeitamente a aplicação por extensão ou analogia, nunca podendo ser admitida uma interpretação restritiva.⁸⁵

A análise do princípio da prioridade absoluta demonstra que não há como garantir proteção integral à criança e ao adolescente, se não for de maneira prioritária. No entanto, o seu cumprimento não é uma realidade nos diversos setores sociais e jurídicos. Ao contrário, não há como falar em prioridade absoluta diante da existência

⁸⁴ LIBERATI, Wilson Donizetti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Brasília: IBPS, 1991, p. 4/5.

⁸⁵ DALLARI, op. cit., p. 29.

de crianças e adolescentes vivendo pelas ruas dos diversos centros urbanos do país, sem sequer terem o direito básico de viverem no seio de uma família.

1.5.2 Princípio do melhor interesse

Segundo Andréa Rodrigues Amin, a origem histórica do princípio do melhor interesse “está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos.”⁸⁶ A partir do século XVIII, a proteção infantil separou-se da proteção dos loucos. Em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês e reconhecido internacionalmente através de sua adoção pela Declaração dos Direitos da Criança, em 1959.⁸⁷

Posteriormente, a Convenção dos Direitos da Criança garantiu expressamente o princípio do melhor interesse da criança:

Art. 3

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 melhor interesse da criança.

[...]

Atualmente, a importância de se atentar para a garantia do melhor interesse da criança é assim descrito por Tânia da Silva Pereira:

Identificamos o “melhor interesse da criança”, nos dias de hoje, como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU

⁸⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, op. cit., p. 30.

⁸⁷ Ibid., p. 30.

(através do Decreto 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.⁸⁸

A partir do reconhecimento da doutrina da proteção integral, consagrou-se de vez a garantia do princípio do melhor interesse a toda e qualquer criança e adolescente, cuja análise deve orientar tanto o legislador quanto o intérprete da norma. Dessa forma, as necessidades infanto-juvenis devem ser primordialmente atendidas em detrimento de quaisquer outras, o que não acontecia no sistema jurídico anterior, no qual “privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Nova Carta, o interesse prioritário passa a ser o da criança.”⁸⁹

Assim, ao tratar do direito da infância e juventude, especial por se referir ao ser humano em desenvolvimento, não se pode perder de vista que o destinatário final da proteção, em todos os casos, é a criança e o adolescente. Isso não significa, como se configura no senso comum da sociedade, que se trata de um ramo do direito que só protege e não impõe deveres. A prevalecer esse entendimento, assim também seria o estatuto do idoso ou a legislação da pessoa portadora de necessidades especiais. No entanto, a razão de ser do princípio do melhor interesse é a garantia de que a norma seja elaborada e interpretada levando em conta as necessidades especiais de pessoas que estão em formação de seu caráter e de sua personalidade. Pessoas que não se encontram em condições de se defenderem diante das violações a que estão sujeitas, até mesmo por aqueles que têm a obrigação de cuidado: os próprios familiares.

Suprir as necessidades significa garantir um desenvolvimento saudável de suas potencialidades, o que não acontece em meio a maus-tratos, abusos sexuais, abandonos, ausência de direitos fundamentais e outras situações de violência. Tais violações são constantemente presenciadas no mundo infanto-juvenil, principalmente pelo fato de que

⁸⁸ PEREIRA, 1999, op. cit., p. 25.

⁸⁹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 279.

crianças e adolescentes não vivem isoladas, necessitando, como todo ser humano, de se relacionarem com outras pessoas, tanto dentro da família, como perante a sociedade.

De acordo com Tânia da Silva Pereira, “no mundo legal, as crianças não agem isoladamente; elas são parte de um contexto onde interagem diretamente a família, a sociedade e o Estado”.⁹⁰ Assim, a interpretação e aplicação do princípio do melhor interesse deverá sempre privilegiar a situação que apresente maior benefício à criança e ao adolescente, servindo de critério significativo nas decisões que envolvem direitos infanto-juvenis.

Nesse sentido, Andréa Amin destaca que o “princípio do melhor interesse é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.”⁹¹

Como princípio, a garantia do melhor interesse das crianças e dos adolescentes deve ser priorizada em todas as situações que os envolvam, especialmente nas questões relativas ao direito de família. Por ser este o mais humano de todos os direitos, conforme é tratado por Rodrigo Pereira da Cunha⁹², a solução de seus conflitos é também sempre mais delicada. Mais ainda quando estes seres humanos são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, o que justifica que as decisões devam ser tomadas de maneira a garantir que nenhuma violação ocorra aos direitos infanto-juvenis.

1.5.3 Princípio da municipalização

⁹⁰ PEREIRA, 1999, op. cit., p. 20.

⁹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL op. cit., p. 32.

⁹² Apud AZAMBUJA, op. cit., p. 281.

Seguindo a tendência contemporânea fundada na gestão administrativa descentralizada, a Constituição da República de 1988, no artigo 204, estabeleceu a política de descentralização da assistência social, disciplinando a distribuição concorrente da competência nesta área. Dessa forma, deixou à União competência para dispor sobre as normas gerais e coordenação de programas assistenciais, atribuindo às esferas estadual e municipal a execução dos programas. Além disso, ampliou a rede de atendimento para incluir as entidades beneficentes e de assistência social.

No âmbito do direito infanto-juvenil, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor não mais se adequava ao modelo constitucional adotado. Na vigência da legislação anterior, cabia principalmente à União a execução de políticas voltadas ao menor em situação irregular. Tal sistemática foi substituída pelo princípio da municipalização, incorporado expressamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 88 - São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; [...]”

Mais que uma determinação legal, a municipalização galgou os patamares de princípio, dada a sua essencialidade para a concretização de políticas públicas, sem as quais se torna inviável a doutrina da proteção integral.

Além de informar todo o sistema preventivo, protetivo e sócio-educativo, a municipalização apresenta diretrizes que devem ser observadas na política de atendimento da criança e do adolescente e que estão previstas no artigo 88, Incisos II a VI do Estatuto. Dentre as diretrizes, destaca-se a criação de conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente, fundos municipais e conselhos tutelares, formados por membros da comunidade. Destaca-se, ainda, a participação da sociedade na

elaboração de políticas públicas e a integração das ações governamentais e não-governamentais.

As realidades locais de um país com as dimensões do Brasil, por si só, justificam a adoção de uma política assistencial descentralizada. De acordo com Pedro Caetano de Carvalho, “o município é o lugar onde os problemas dos cidadãos se apresentam. É, portanto, o lugar onde as respostas conjuntas devem acontecer.”⁹³ O município tem melhores condições de atender seu cidadão, pois é o local onde as relações entre as pessoas ocorrem de forma mais visível, sendo também o local onde deverá ser prestado o atendimento das necessidades básicas do cidadão. Caso contrário, muitos direitos fundamentais se transformariam em letra morta e jamais sairiam do papel.

Maria de Fátima Carrada Firmo destaca a importância da descentralização no âmbito do direito infanto-juvenil:

Ao criar direitos constitucionais da criança e do adolescente, a Constituição deu aos Municípios direitos e deveres públicos para com seus filhos não adultos, transferindo-lhes o poder de assumir as decisões de tudo quanto se faça no âmbito governamental para a defesa dos direitos de suas crianças e de seus adolescentes.

Tal descentralização constituiu uma medida inovadora de suma importância para aproximar os tutelados da entidade governamental responsável pela proteção e garantia de seus direitos, ou seja, tornou mais possível a aplicação das normas sociais inerentes a essa parte desprotegida da sociedade. Uma vez que o cidadão sonha, vive, trabalha, ama, sofre e tem expectativas no seu Município, o direito de ser cidadão começa neste espaço geográfico; portanto, o Município pode melhor conhecer as necessidades de seus habitantes, principalmente, desses pequenos cidadãos.⁹⁴

A autora alerta, contudo, para a responsabilidade dos demais entes da federação. Reforça também a participação das entidades representativas da população local na definição das políticas de atendimento da infância e juventude:

Além de atribuir aos Municípios o poder de definir a política peculiar local para a infância e a adolescência, harmonizou a participação e responsabilidades do Município, dos Estados-membros, do Distrito Federal

⁹³ CARVALHO, Pedro Caetano de. A família e o município. In: PEREIRA, 1999, op. cit., p. 155.

⁹⁴ FIRMO, op. cit., p. 21.

e da União, evitando-se, assim, as medidas desordenadas que sempre foram comuns no Brasil.

Isso quer dizer que os Estados, o Distrito Federal e a União devem parar de investir em programas paralelos de assistência, pulverizando recursos que deveriam ser aplicados harmonicamente numa política comandada apenas pelos interesses locais, interesses estes definidos sempre com a participação das entidades representativas da população local.⁹⁵

Assim, sem perder de vista a ação articulada entre as três esferas da federação, o princípio da municipalização atribui diversas competências executórias ao município. Contudo, não exime de responsabilidade os demais entes da federação, os quais também têm o dever de cuidar de forma prioritária da infância e juventude, especialmente na destinação de recursos públicos.

Para reforçar a importância do município na concretização dos direitos da infância e juventude, Pedro Caetano de Carvalho aborda o seu papel na manutenção de políticas públicas de atendimento à família:

O papel do município, para que a família possa desempenhar bem a sua função, ocupa uma posição de destaque, na condução das ações necessárias, através de seus dirigentes, entidades, órgãos e habitantes.

Reconhecidamente é no município, a instância mais visível e próxima da população, onde as relações políticas se dão com maior intensidade.⁹⁶

O referido autor afirma, ainda, que “a realização e a felicidade das nossas crianças e adolescentes dependem, em grande parte, do que a sociedade e o poder público possam lhes oferecer, sendo o papel do Município muito importante.”⁹⁷

De fato, não há como garantir direitos à criança e ao adolescente sem que a sociedade e o Poder Público exerçam suas responsabilidades. A municipalização significa o cumprimento das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais relativas à infância e juventude. Mas a conscientização dos agentes políticos municipais depende também da participação da sociedade no planejamento das políticas públicas, as quais, na verdade, irão influenciar a vida dos próprios cidadãos:

⁹⁵ Ibid., p. 22.

⁹⁶ CARVALHO, op. cit., p. 159.

⁹⁷ Ibid., p. 185.

O Estatuto da Criança e do Adolescente rompe com a tradição de intervenção do Estado ao designar aos municípios importantes funções relativas às políticas sociais destinadas ao bem-estar infantil, sendo este não mais concebido como instrumento de controle social, mas como um direito de cidadania.

[...]

Não temos dúvida de que a sociedade brasileira está hoje ciente de que melhorar as condições de vida de suas crianças constitui um de seus urgentes desafios em prol do resgate da dignidade de nosso país. Afinal, a democracia só perdura quando é efetivamente socializada como valor cultural fundamental para jovens e crianças. Indivíduos que durante sua infância sofrem maus-tratos, abuso e inclusive abandono – tanto por parte da família como por parte da sociedade e do Estado – indubitavelmente terão dificuldades para exercer os direitos e deveres inerentes a uma sociedade democrática.⁹⁸

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme determina o artigo 3º, Inciso I, da Constituição de 1988, depende muito da consciência social para o desenvolvimento de uma infância e juventude mais saudável e feliz.

1.6 Direitos fundamentais da criança e do adolescente

Os direitos fundamentais da pessoa humana, seja ela criança, adolescente, adulto ou idoso, decorrem do reconhecimento de um princípio maior que sustenta toda a estrutura normativa de garantia desses direitos: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos termos do artigo 3º do ECA, “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei [...]”.

A doutrina da proteção integral, que fundamenta o atual direito da infância e juventude, é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o

⁹⁸ Ibid., p. 165/166.

conjunto dos direitos fundamentais da criança e do adolescente representa um dos instrumentos essenciais para que seja concretizada a proteção integral. Os referidos direitos estão expressos na Constituição de 1988 e no ECA. Para José Tavares, é “evidente a natureza jurídica de direitos humanos, fundamentais, garantidos pela Carta Magna às crianças e aos adolescentes.”⁹⁹

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento possibilita o reconhecimento à criança e ao adolescente tanto dos direitos fundamentais garantidos a todo ser humano, como também daqueles estabelecidos de maneira específica em relação à infância e juventude (CR/88, art. 227). São eles: 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.

Noutro viés, ao garantir direitos fundamentais à criança e ao adolescente, a Constituição de 1988 e o ECA estabelecem a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela efetivação destes direitos. A obrigação entre eles é solidária, especialmente porque se trata de direitos inerentes à condição de ser humano, a serem reconhecidos integralmente e com absoluta prioridade. Esse é o entendimento de José de Farias Tavares:

As obrigações solidárias constitucionalmente impostas ao Estado, à sociedade e à família configuram, por qualquer ângulo de observação, direitos – individuais e sociais – que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta, que são, intrinsecamente, direitos humanos fundamentais.¹⁰⁰

A garantia constitucional de cada um dos direitos humanos reconhecidos à criança e ao adolescente não deve ser analisada de maneira a privilegiar um direito sobre outro. Os direitos ali especificados formam um conjunto de obrigações que

⁹⁹ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 84.

¹⁰⁰ Idem.

precisam ser efetivadas integralmente. É notório que não há que se falar em direito ao lazer sem que seja garantido o direito à vida. De outra parte, não há que se falar em direito a uma vida digna sem que sejam garantidos direitos como à saúde, educação, convivência familiar, enfim o mínimo necessário para que a criança e o adolescente se desenvolvam com dignidade. Nesse sentido, a análise de cada um dos direitos fundamentais destinados à infância e juventude indica que eles não devem ser vistos de maneira isolada, mas garantidos a partir de um conjunto de ações que priorizem todos eles integralmente.

Dessa forma, cabe aqui uma breve análise de cada um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A vida é a razão de ser da existência humana, sem a qual nenhum outro direito encontra fundamento. Mas o reconhecimento do direito à vida, nos dizeres de Andréa Amin, “não se confunde com sobrevivência, pois no atual estágio evolutivo implica o reconhecimento do direito de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano.”¹⁰¹ Dessa forma, reconhecer à criança e ao adolescente o direito à vida é protegê-los de toda e qualquer violação à dignidade humana. O direito à vida encontra-se intimamente ligado ao direito à dignidade, na medida em que viver em condições subumanas não representa a garantia desses dois direitos fundamentais.

José Tavares comenta sobre o direito à vida especificamente em relação à criança e ao adolescente:

Quanto às crianças e aos adolescentes, a vida plenamente satisfatória exige maiores cuidados, maior proteção, justamente por estarem eles vivendo a fase de desenvolvimento biopsicossocial. A ordem jurídica já se preocupa com isso *desde a concepção*, daí a assistência à maternidade.¹⁰²

¹⁰¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, op. cit., p. 36.

¹⁰² TAVARES, op. cit., p. 85.

Ligado ao direito à vida, está o direito à saúde, na medida em que a garantia de uma vida com dignidade implica necessariamente a garantia de uma vida saudável física e mentalmente. Esse é o entendimento de José Tavares ao estabelecer que “vida e saúde são direitos que se imbricam, faces da mesma moeda – cara e coroa. A vida que a ordem jurídica protege é a vida plena, que somente é vivida na realidade em estado regular de saúde.”¹⁰³

A primeira responsável pela garantia da saúde à criança é a família. É no seio da família que a criança inicia o seu desenvolvimento, necessitando, para tanto, de uma alimentação saudável e tratamento adequado em caso de ser detectado qualquer problema de saúde. No entanto, o legislador, prevendo as situações de miséria a que estão sujeitas as famílias brasileiras, estabeleceu que a falta de condições financeiras não é motivo para retirada do poder familiar dos pais. Com isso, a responsabilidade de garantir o direito à saúde e à alimentação passa, necessariamente, pelo poder público. É preciso investir em políticas públicas de atendimento social às famílias carentes e ainda proporcionar atendimento adequado para garantia do direito à saúde através de atendimento universal e gratuito, conforme garantia constitucional (CR/1988, art. 200).

O direito à educação, por sua vez, é muito mais amplo do que possa parecer à primeira vista. De acordo com José Tavares, “engloba tanto o ensino regular como as atividades educativas informais e até medidas sócio-educativas que substituem penas quando necessários corretivos de conduta anti-social dos adolescentes [...]”.¹⁰⁴

Educar a criança e o adolescente é prepará-los para a vida, é propiciar o desenvolvimento de suas potencialidades e formar verdadeiros cidadãos. Dessa forma,

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibid., p. 89.

não basta apenas oferecer uma vaga em escola regular, mas implica a garantia de educação qualificada, englobando ainda a educação para o trabalho através da profissionalização, outro direito fundamental da infância e juventude.

Andréa Amin aponta a importância do direito à educação nos seguintes termos:

É direito fundamental que permite a instrumentalização dos demais, pois sem conhecimento não há o implemento universal dos direitos fundamentais. A ignorância leva a uma passividade generalizada que impede questionamentos, assegura a manutenção de velhos sistemas violadores das normas que valorizam o ser humano e impede o crescimento do ser humano e o conseqüente amadurecimento da nação.¹⁰⁵

A educação possibilita ao ser humano influir na mudança da sociedade, na medida em que somente aquele que tem conhecimento e informação é capaz de reivindicar e materializar os demais direitos. A ignorância é a principal arma dos exploradores. Em contrapartida, a educação é o instrumento para transposição da marginalidade para a cidadania.

O direito ao lazer foi elencado como direito fundamental da criança e do adolescente por razões que também dizem respeito às necessidades humanas. O referido direito consta também do artigo 31 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Faz parte de um desenvolvimento adequado a garantia à criança do direito de brincar. A vida, para ser digna, precisa ser vivida em sua plenitude, desfrutando-se de cada fase pela qual passa o ser humano, em toda a sua essência. Dessa forma, não há como retirar da infância o direito de sonhar e de usufruir de sua imaginação o quanto seja possível para um desenvolvimento biopsicossocial sadio.

O direito ao lazer é assim tratado por José Tavares:

Brincar é direito humano fundamental da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento biopsicossocial. O vóo livre da imaginação infantil em

¹⁰⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL (Coord.), op. cit., p. 51.

direção ao mundo colorido dos sonhos, os devaneios juvenis propulsores das arremetidas de energia vital, são fórmulas prodigiosas de equilíbrio da mente que desabrocha em sintonia com o corpo que se desdobra, na edificação da pessoa integral. A sábia fórmula milenar: *mente sã em corpo sã*.

O mundo mágico da infância e da adolescência é construção imaginária de quem busca modelar a existência nos contornos da fantasia do bom e do belo. Desrespeitar esse imperativo da natureza humana talvez seja a mais dura malvadez do espírito adulto embrutecido.¹⁰⁶

O lazer, ao lado do esporte, são às vezes considerados supérfluos, até mesmo pela própria família. Contudo, podem ser responsáveis pela cura de doenças, ou mesmo impedem que elas aconteçam. Aliada à satisfação física, a busca da felicidade é a razão de ser de todo ser humano. O estudo, o trabalho, a construção familiar, seja em qualquer fase da vida, tem sempre o objetivo de buscar uma vida em paz e feliz. Assim também deve ser considerado o direito ao lazer pela criança e pelo adolescente, considerado ingrediente fundamental para alcance da felicidade.

O direito à cultura, assim como a educação, estimula o desenvolvimento mental da criança e do adolescente. Além disso, a preservação da cultura de um povo faz parte de sua essência, e é através da criança e do adolescente que se torna possível resguardar o patrimônio imaterial de uma geração.

Ao mesmo tempo em que o ECA garante à infância e juventude a participação e o acesso a espetáculos culturais, estabelece que, em todo caso, deve ser respeitada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 71). O objetivo é impedir que um direito fundamental acabe se tornando prejudicial à integridade moral da criança e do adolescente.

Ainda com referência aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o respeito e a dignidade são direitos que, na verdade, complementam todos os outros e devem ser constantemente observados no tratamento infanto-juvenil.

¹⁰⁶ TAVARES, op. cit., p. 96.

A vida em sociedade exige um tratamento respeitoso e digno nas relações entre os seres humanos, o que não poderia ser diferente em relação à infância e juventude. Contudo, muito tempo passou para que os adultos pudessem entender que o tratamento respeitoso deve ser recíproco entre o mundo infantil e o mundo adulto, cada um com as peculiaridades e atribuições que lhes são próprias. Assim, para evitar qualquer dúvida quanto ao reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a Constituição de 88 tratou de especificar de maneira expressa o direito ao respeito e à dignidade.

O direito à liberdade, inerente a todo e qualquer ser humano, também foi retirado das crianças e dos adolescentes durante todo o tempo em que foram tratados como objetos nas mãos da família e do Estado. Hoje não há mais dúvida de que deva ser efetivado em todas as fases da vida.

A liberdade garantida constitucionalmente não se resume à liberdade de ir e vir, “compreendendo também a liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso, liberdade para brincar, praticar esportes, divertir-se, participar da vida em família, na sociedade e vida política, assim como buscar refúgio, auxílio e orientação.”¹⁰⁷

É preciso entender, contudo, que a liberdade garantida à criança e ao adolescente não significa o poder de decidirem o que querem ou não fazer. A liberdade deve ser conciliada com os outros direitos infanto-juvenis e principalmente com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. É em razão disso que o próprio ECA estabelece algumas situações em que a conduta das crianças e dos adolescentes pode colocá-los em situação de risco (art. 98, III). Nesses casos, caberá sempre à família, à sociedade e ao Estado o dever de orientar a liberdade garantida aos infantes. Nesse sentido:

¹⁰⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, op. cit., p. 47/48.

Caberá aos pais, família e comunidade fiscalizar o exercício desse direito concedido pró-criança e adolescente e não em seu desfavor. Assim, não se pode permitir que criança ou jovem permaneça nas ruas, afastado dos bancos escolares, dormindo em calçadas, cheirando cola de sapateiro e solvente, sobrevivendo de caridade ou pequenos furtos, mesmo que afirmem que estão na rua porque assim desejam. Em razão de sua conduta se colocam em risco, passando a ser enquadrados na hipótese do artigo 98, III, do ECA, justo motivo para pronta intervenção da rede garantidora.¹⁰⁸

Por último, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja essencialidade ultrapassa a garantia constitucional e legal, mas se prende à própria natureza do ser humano como componente de uma família. O nascimento só é possível no seio da família, e o desenvolvimento adequado também. Por isso, a regulamentação da família tornou-se matéria constitucional e é hoje considerada a base da sociedade, e de sua estruturação depende a construção de um mundo melhor para as próximas gerações.

De acordo com Maria Regina Fay de Azambuja¹⁰⁹ não há mais como desvincular o novo direito de família do direito da criança e do adolescente, o que põe em relevo a importância da convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente. O referido direito significa, nos dizeres de Lídia Natália Weber, “o direito de ser amado e de, conseqüentemente, aprender a amar o outro.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibid., p. 48.

¹⁰⁹ AZAMBUJA, op. cit., p. 293.

¹¹⁰ Apud AZAMBUJA, op. cit., p. 281.

2. A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE

2.1 Breve relato histórico

O organismo familiar sempre esteve em evolução ao longo da história mundial. Aliás, é a partir da análise da família que se torna possível avaliar as mudanças que ocorreram e ocorrem na sociedade, pois é no seio familiar que se concentram as influências políticas, econômicas, sociais, éticas e religiosas de cada época.¹¹¹

Caio Mário da Silva Pereira escreve sobre a necessidade que tem o Direito de acompanhar as mudanças sociais, sem, contudo, desprezar o passado:

Não pode o jurista esquecer que o material com que trabalha há de ser colhido em plena vida. Cada época vive um complexo de regras que lhe são próprias. Não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou disciplinam os fatos humanos segundo as injunções do seu

¹¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro: introdução/abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 15/16.

momento histórico. Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, impor-se-ia à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável.¹¹²

O autor ainda acrescenta que “o Direito de Família é particularmente sensível a toda esta nova ambientação, quer seja social quanto jurídica.”¹¹³

De fato, a família passou por várias transformações ao longo da história. Embora seja um desafio o estudo de sua origem diante da ausência de dados concretos a respeito, ainda assim é possível a análise do surgimento da família e suas modificações. Contudo, Caio Mário alerta para o fato de que “quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática; [...]”¹¹⁴

Não obstante, Caio Mário registra a idéia sustentada por alguns autores no sentido de que a família tenha passado por um período de organização matriarcal, caracterizado pela presença de vários homens para uma só mulher, ou pela união coletiva de alguns homens com algumas mulheres. No entanto, conclui que tais fatos podem ter acontecido eventualmente, mas não como estágio significativo na evolução da família. Ao contrário, afirma que registros históricos, monumentos literários e fragmentos jurídicos comprovam que a família ocidental viveu longo período sob a forma patriarcal: “Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-la documentada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges [...]”¹¹⁵

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. V, p. 2.

¹¹³ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 24/25.

De acordo com Fustel de Coulanges, até onde é possível remontar na história da raça indo-européia, origem das populações gregas e italianas, observa-se que a religião era o principal elemento constitutivo da família. Tratava-se de uma religião doméstica, que tinha por fundamento o culto aos antepassados, que eram tidos como entes sagrados. Os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião e não pelas relações afetivas ou consangüíneas:

O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida.¹¹⁶

A adoração aos antepassados sustentava a continuidade da família e ficava a cargo do pai. Como chefe da família e detentor do cumprimento dos deveres religiosos, o poder do pai não se restringia ao culto religioso, mas estendia-se aos filhos e à esposa. Esta, antes do casamento, cultuava os antepassados de seu pai; após o casamento, passava a cultuar os antepassados do marido. Quanto aos filhos, mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independente da idade. Nesse período não havia distinção entre menoridade e maioridade. O pai exercia um direito de propriedade sobre os filhos, inclusive com direito de decidir sobre a vida e a morte dos mesmos.¹¹⁷

Fustel de Coulanges sustenta que “as crenças relativas aos mortos, assim como o culto que lhes era devido, constituíram a família antiga e a maior parte de suas regras”.¹¹⁸ A perpetuação da família dependia da existência de filhos para darem continuidade ao culto de seus antepassados, de forma que esta era a principal utilidade

¹¹⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 13.

¹¹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, op. cit., p. 03.

¹¹⁸ COULANGES, op. cit., p. 52.

do filho primogênito. As leis de Manu chamavam ao filho primogênito “aquele que é gerado para o cumprimento do dever”¹¹⁹.

Como cada família possuía sua religião, caso não houvesse a continuidade de seu culto, extinguir-se-ia a família e, conseqüentemente, seus antepassados cairiam no esquecimento e na miséria eterna. Dessa forma, é fácil concluir que o celibato era algo imperdoável e a esterilidade da mulher era a única possibilidade de divórcio. Em caso de esterilidade do marido, a mulher era obrigada a entregar-se a um irmão daquele ou outro parente. Além disso, era preciso que o filho fosse fruto de casamento religioso. Caso contrário, não podia tomar parte no culto e não tinha direito à herança. Também a filha não cumpria o papel de continuar com o culto, pois esta seguiria o culto do marido.

Como última forma de impedir a extinção da família, surgiu na antiguidade o direito de adoção, conforme relato de Coulanges:

A adoção era, pois, zelar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. A adoção justificava-se apenas pela necessidade de prevenir a extinção de um culto, e só se permitia a quem não tinha filhos.¹²⁰

Nenhuma relação afetiva era capaz de suprir as regras religiosas, já que era o culto aos mortos que sustentava a existência da família. Diante da ausência de qualquer laço de afetividade entre pais e filhos não havia qualquer preocupação com o ser humano em desenvolvimento. Em razão disso, o princípio do direito absoluto dos pais sobre os filhos predominou durante muito tempo entre os povos antigos, especialmente porque o poder paterno não se restringia aos seus lares, já que os governos eram formados pelos chefes das famílias¹²¹.

¹¹⁹ Ibid., p. 54.

¹²⁰ Ibid., p. 59.

¹²¹ GARCEZ, Sergio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente*. São Paulo: E. V., 1994, p. 21.

Até mesmo a palavra *pater* traz em si um significado importante para se entender o papel do pai diante da família. De acordo com Fustel de Coulanges, “em linguagem religiosa aplicava-se essa expressão a todos os deuses; na linguagem forense, a todo o homem que não dependesse de outro e tendo autoridade sobre uma família e sobre um domínio, *paterfamilias*.”¹²². Como ser independente de qualquer outro, tinha o pai autoridade absoluta sobre a família. Autoridade esta que lhe era atribuída através da religião, uma vez que representava o guardião do culto religioso.

Esse poder ilimitado reconhecido pela religião em épocas mais antigas foi posteriormente incorporado pelas leis gregas e romanas:

As leis gregas e romanas reconheceram ao pai aquele poder ilimitado de que a religião o revestira no princípio. Os direitos, numerosos e diversos, que as leis lhe conferiram podem ser classificados em três categorias, conforme considerarmos o pai de família chefe religioso, proprietário ou juiz.¹²³

O pai de família exercia sobre os filhos poder de vida e de morte, podendo impor-lhes pena corporal, vendê-los e tirar-lhes a vida. A mulher nunca adquiria autonomia, pois passava do domínio do pai para o domínio do marido.¹²⁴

O sentido de família no direito romano estava ligado ao conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe, o *paterfamilias*¹²⁵, ao qual se subordinavam todos os demais membros:

Na família romana, tudo converge para o *paterfamilias* do qual irradiam poderes em várias direções; sobre os membros da família (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*), sobre as pessoas “in mancipio” (*mancipium*), sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os bens (*res*) que lhe pertencem (*dominium*).¹²⁶

¹²² COULANGES, op. cit., p. 97.

¹²³ Ibid., p. 98.

¹²⁴ PEREIRA, 2007, op. cit., p. 26.

¹²⁵ Ressalta-se que o significado de *pater* não é pai e sim chefe.

¹²⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*, de acordo com o novo código civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 75.

A família romana é analisada também por John Gilissen, nos seguintes termos:

A família romana clássica é de tipo patriarcal: o pai de família (*paterfamilias*), enquanto vive, é o chefe de todos os descendentes (*liberi*). Só ele é *sui iuris*, por oposição aos seus descendentes que apenas são *alieni iuris*. Goza, relativamente a estes, de um poder mais ou menos ilimitado (*potestas vitae necisque*: poder de vida e de morte). É nas suas mãos que se concentram todos os direitos e todos os bens de família: todas as aquisições feitas pelos *alieni iuris* integram-se no património familiar, de tal forma que estes não têm qualquer património próprio, sendo, por outro lado, incapazes de se obrigar ou de exercer qualquer direito.¹²⁷

Assim, nenhum tipo de garantia existia em favor dos demais membros da família, todos subordinados ao poder do *paterfamilias*.

A Idade Média foi marcada pelo crescimento da religião cristã, influenciando diretamente as concepções relativas à família e seus membros. Nesse período, iniciou-se uma preocupação um pouco maior com o ser humano, pregando-se a dignidade para todos, inclusive para os menores.

Sem perder de vista o mandamento “honrar pai e mãe”, o cristianismo contribuiu para uma atenuação da severidade de tratamento na relação pai e filho. Os ensinamentos de Jesus Cristo romperam com o tratamento indiferente e às vezes até cruel dispensado aos menores no período pré-cristão.¹²⁸

De acordo com John Gilissen, foi profunda a influência do cristianismo nas relações familiares:

O cristianismo exerceu uma profunda influência sobre a evolução do poder paternal. Inicialmente, tornou-se defensor dos fracos, nomeadamente das crianças. Desenvolve idéias morais a partir das quais deduz o princípio de que o pai, ao lado dos direitos que tem sobre os filhos, tem também deveres a seu respeito.

¹²⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 611.

¹²⁸ Exemplo disso é o Evangelho de Mateus (18, 1-6): “Neste momento os discípulos aproximaram-se de Jesus e perguntaram-lhe: ‘Quem é o maior no Reino dos céus?’ Jesus chamou uma criancinha, colocou-a no meio deles e disse: Em verdade vos declaro: se não vos transformardes e vos tornardes como criancinhas, não entrareis no Reino dos céus. Aquele que se fizer humilde como esta criança será maior no Reino dos céus. E o que recebe em meu nome a um menino como este, é a mim que recebe. Mas, se alguém fizer cair em pecado um destes pequenos que creem em mim, melhor fora que lhe atassem ao pescoço a mó de um moinho e o lançassem no fundo do mar.”

As relações familiares devem repousar sobre a afeição e sobre a caridade. Segundo S. Paulo, o pai é associado à obra criadora de Deus; a sua missão é a de salvar e de dirigir, em vista do seu destino eterno, o desenvolvimento da pessoa humana que fez nascer.

Daí, que o pai não possa, arbitrariamente, romper o laço que o une ao filho, não o podendo matar, nem expor, nem vendê-lo como escravo. O filho tem direito à vida, a uma ajuda material e moral durante a juventude, mas deve respeitar o pai e a mãe. A igreja não faz distinção entre filhos e filhas, impondo os mesmos deveres e os mesmos direitos tanto à mãe como ao pai. Existe uma única exceção: os filhos naturais. Sendo o casamento a única fonte da família, os filhos naturais são tratados sem indulgência.¹²⁹

A mentalidade até então arraigada na cultura da civilização era a total ausência de afeto. Com o cristianismo, surgiu uma nova perspectiva no tratamento da família e também de seus membros. O reconhecimento da igualdade universal dos filhos de Deus teve influência marcante no desenvolvimento de questões relativas à pessoa humana.

Não obstante os ideais cristãos, desde a Grécia e Roma antigas e até mesmo no período medieval a convivência familiar não era um direito reconhecido às crianças:

Desde a Grécia e Roma antigas que a convivência familiar podia ser negada às crianças, que eram até mesmo mortas ou abandonadas, com o beneplácito legal e social. Filósofos apoiavam o assassinato de crianças indesejadas, que era largamente praticado na antigüidade, especialmente Europa. Com o advento do Cristianismo, que combateu a prática hedionda, Constantino a revogou em 318 d.C., mas o assassinato – chamado pelos historiadores de forma tecnicamente incorreta de infanticídio – continuou impune e praticado até o século XVIII, em tal escala que, ao ser proibida e rejeitada socialmente, causou significativo aumento da população européia.¹³⁰

Posteriormente, o surgimento do Estado Moderno contribuiu para o reconhecimento de direitos humanos ao cidadão. O arbítrio do absolutismo foi derrotado pela Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão firmou a base fundamental do direito constitucional moderno, influenciando, inclusive, os direitos da criança e do adolescente:

¹²⁹ GILISSEN, op. cit., p. 612.

¹³⁰ ARANTES, Geraldo Claret de. *Manual de prática jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente* – Lei 8.069/1990, comentários, modelos e procedimentos. 2. ed. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes, Diretoria de Apoio aos Municípios e Conselhos, 2006, p. 104.

A Revolução Francesa mudou por completo a concepção do trato dos direitos do homem, abrangendo, inclusive, os direitos infantis e juvenis. De um lado, extinguiu as instituições já desgastadas pelo tempo, desapropriando bens e propriedades, desacomodando os barões feudais e seus afilhados e promovendo a dessacralização de conventos e corporações religiosas, até então incumbidos dessas tarefas. De outro lado, criou condições para o aparecimento de novos curadores desses direitos e a base legal desse novo sistema jurídico.¹³¹

De fato, não mais se permitia a matança de crianças indesejadas. No entanto, o abandono era uma prática admitida jurídica e socialmente, o que levou à morte de muitas crianças:

A seguir, passou-se a admitir jurídica e socialmente “apenas” o abandono das crianças indesejadas, o que foi chamado tecnicamente de “exposição” [...].

A prática consistia em abandonar crianças recém nascidas em portas de igrejas e locais similares, mas muitas delas morriam, pois o abandono dava-se muitas das vezes nas madrugadas, e só eram vistas quando as portas se abriam pela manhã.

Napoleão, ao consolidar o direito civil europeu, procurou evitar as mortes das crianças expostas, determinando a criação de plataformas móveis em instituições religiosas, - que entre nós ficou conhecido como “sistema da roda dos enjeitados” – o que embora salvasse a vida das crianças, facilitou sua rejeição por suas famílias. Há estatísticas que demonstram números impressionantes: na década de 1830, 32.000 crianças foram “expostas” (abandonadas no sistema das rodas) na França. 15.000 na Espanha e 33.000 na Itália. Não há dados precisos nem das mortes nem da exposição no Brasil no mesmo período.¹³²

Nessa fase, iniciou-se um aperfeiçoamento legislativo, identificando-se a necessidade de especialização das leis e a intervenção do Estado para suprir as carências da família e evitar o abandono de crianças. A transição do Estado Liberal para o Estado Social influenciou sobremaneira o direito menorista. O problema dos menores desamparados e delinquentes passou a tomar proporções que clamavam pela intervenção do Estado na criação de programas destinados a atender os casos em que a família natural falhava na educação de seus filhos.

¹³¹ GARCEZ, op. cit., p. 30.

¹³² ARANTES, op. cit., p. 105.

Internacionalmente, documentos de caráter universal e movimentos liderados pela Organização das Nações Unidas iniciaram um desenvolvimento em prol do reconhecimento da família como base de toda a sociedade, reforçando a necessidade de garantir direitos para sua estruturação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem cuidou de demonstrar, de forma expressa, a importância da família para a sociedade: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art. 16.3). Embora com uma redação simples, não há dúvida quanto à influência que o referido artigo exerceu e exerce na legislação de cada país.

2.2 A família no direito brasileiro

Anteriormente à Constituição da República de 1988, a legislação relativa à família era constituída sob a influência do direito romano, razão pela qual recebeu forma patriarcal desde o início da colonização do país.

Conforme esclarece José Cretella Júnior, as bases do direito civil brasileiro foram lançadas a partir das diretrizes do direito romano:

Quando o Brasil foi descoberto, o direito romano ainda se aplicava em grande parte dos países da Europa. Entre estes – Portugal.

[...]

Toda a História do Brasil, nos primeiros séculos, pode ser analisada à luz do direito romano. O nosso direito é, por isso, um direito denominado de *base romanística*.

As *Ordenações do Reino*, Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, lançam suas raízes no *direito romano*. A continuidade do *direito romano* está presente no Código Civil pátrio, servindo as Ordenações como a ponte de ligação entre a

época antiga e a época atual. O nosso *Código Civil* está para os habitantes do Brasil, assim como o *Corpus Iuris Civilis* estava para os habitantes do antigo orbe romano.¹³³

A influência romana foi sentida principalmente a partir do Código Civil Francês de 1804. Elaborado por Napoleão Bonaparte com o intuito de reformar o sistema legal francês a partir dos princípios da Revolução Francesa, o referido código seguiu o direito romano em sua elaboração, especialmente o *Corpus Iuris Civilis*, do Imperador Justiniano¹³⁴. Nesse sentido:

Esse mesmo direito de Justiniano foi estudado em toda a Europa, desde o século XII, e aceito oficialmente na Alemanha em fins do século XV. Teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil francês de 2 de março de 1804 e no Código Civil alemão de 1900.¹³⁵

O Código de Napoleão foi adotado por grande parte dos países da Europa, dentre eles Portugal e suas colônias. No Brasil, em consequência, a estrutura familiar teve forte influência das diretrizes traçadas pelo direito romano, conforme sustenta Guilherme Calmon da Gama: “O Code Civil, de 1804, atribuiu os contornos da estrutura familiar legal, de índole hierarquizada, patriarcal, centralizadora na pessoa do seu chefe, excluindo de legitimidade qualquer outra espécie de união.”¹³⁶

Durante o período colonial, prevalecia no país as Ordenações do Reino de Portugal. Com a independência, a Constituição do Império de 1824 fez previsão quanto à elaboração de dois códigos, um civil e outro criminal. Contudo, somente o segundo foi

¹³³ CRETELLA JUNIOR, op. cit., p. 1.

¹³⁴ O *Corpus Iuris Civilis* representa a obra legislativa elaborada pelo Imperador Justiniano durante o seu reinado em Roma a partir do ano 527. Abrangia leis e jurisprudências da época, compreendendo as chamadas *Institutas*, o *Digesto* ou *Pandectas* e as *Novelas*. Tornou-se verdadeiro manual de direito romano, contendo quatro livros, cada um com um título indicando os assuntos abordados. (JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 6/7).

¹³⁵ SERRANO, Pablo Jiménez. CASEIRO NETO, Francisco. *Direito romano: fundamentos, teoria e avaliação dos conceitos do direito romano aplicados ao direito contemporâneo*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002, p. 15.

¹³⁶ GAMA, op. cit., p. 20.

concretizado, permanecendo, no campo civil, a aplicação da legislação portuguesa recepcionada pela Constituição, referente às Ordenações Filipinas.¹³⁷

Somente em 1.º de janeiro de 1916, através da Lei nº 3.071 e após vários anos de discussão e críticas ao projeto inicialmente apresentado por Clóvis Beviláqua, foi então aprovado o primeiro Código Civil Brasileiro. Seguindo a tendência familiar até então instituída no Brasil, o Código Civil de 1916 não apresentou novidades no que diz respeito à sua estrutura, mantendo os princípios do direito de família patriarcal, ainda com influência do Código de Napoleão:

Diante das fontes históricas do Direito brasileiro e levando em conta a marcante influência do *Code Civil* no movimento das codificações, inclusive na formulação do Código Civil brasileiro, podem-se apontar os seguintes e mais importantes princípios como sendo prevalentes no Direito de Família brasileiro durante quase todo o período de um século (1890 a 1988): a) o da qualificação como legítima apenas à família fundada no casamento, em obediência ao modelo civilista imposto; b) o da discriminação dos filhos, com desconsideração de qualquer filho espúrio da estrutura familiar; c) o da hierarquização e patriarcalismo na direção da família; d) o da preservação da paz familiar, ainda que em detrimento dos seus integrantes; e) o da indissolubilidade do vínculo matrimonial; f) o da imoralidade do “concubinato”.¹³⁸

Quanto às constituições brasileiras, as de 1824 e 1891 nada previam em relação à família. Somente em 1934 a família foi inserida no texto constitucional, estabelecendo o artigo 144 que: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.” A partir de então, os textos constitucionais passaram a tratar separadamente da família, dedicando-lhe uma importância maior.¹³⁹ Contudo, os princípios continuavam aqueles já adotados pelo Código Civil de 1916, ou seja, ainda com traços eminentemente conservadores. Os referidos princípios foram mantidos pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967 (Emenda n.º 01/69). Apenas a família instituída

¹³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 129/130.

¹³⁸ GAMA, op. cit., p. 20.

¹³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 9.

pelo casamento recebia a proteção especial do Estado, demonstrando o caráter conservador que ainda fundamentava a estrutura familiar:

Na ordem jurídica brasileira, desde o texto constitucional de 1934, a família passou a ser expressamente tratada em nível constitucional, a despeito das críticas feitas por alguns ao legislador constituinte, sob o argumento de que tal assunto não era materialmente constitucional. [...] Contudo, a *proteção especial do Estado*, prevista no texto constitucional, apenas tinha como destinatária a família matrimonial, porquanto apenas o casamento era reconhecido como instituto formador e legitimador da família brasileira.

O tratamento dado à família pela Constituição de 1934, posto que manifestada em momento diverso do advento do Código Civil de 1916, seguia ideologia carregada de fundo preconceituoso e conservadorista, consoante a qual o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial – atrelado à *paz familiar* – era indiscutível e absoluto.¹⁴⁰

A família não fundada no casamento ficava à margem da proteção do Estado e, conseqüentemente, privada de qualquer garantia legal. Contudo, as relações sociais suscitaram mudanças urgentes nos paradigmas até então adotados em relação à família. A ausência do vínculo formal do casamento não mais podia justificar o não reconhecimento de determinada entidade formada por pessoas que conviviam diuturnamente, *more uxorio*, sem possuir qualquer impedimento para tanto.

Caio Mário alerta para o fato de que tais mudanças não configuram uma crise na família, mas sim uma nova estruturação do ambiente familiar:

Homens de pensamento, com muita freqüência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua desagregação. Mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas.¹⁴¹

Sensível às mudanças sociais, que não podem ser ignoradas pelo direito, o constituinte de 88 cuidou de traçar novas diretrizes para o reconhecimento e a garantia do novo conceito de família que se firmava na sociedade. Mesmo antes da Constituição

¹⁴⁰ GAMA, op. cit., p. 28/29.

¹⁴¹ PEREIRA, 2007, op. cit., p. 5.

de 1988, Orlando Gomes já ressaltava a necessidade do reconhecimento jurídico das famílias constituídas sem o vínculo formal do casamento, o que era uma realidade social: “[...] o interesse do Estado em que se legalizem as uniões sexuais se desenvolve juridicamente no sentido da certeza que oferecem quanto às relações que originam”.¹⁴²

Por tais razões e a partir da influência internacional exercida através dos documentos de garantia da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional inovou nos seguintes termos:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Além de afirmar a importância da família como base da sociedade, o texto constitucional ampliou o conceito de família, reconhecendo como entidade familiar a união estável e a família monoparental (art. 226, § 4º). No âmbito da relação conjugal, igualou os direitos e deveres do homem e da mulher.

Foram também reconhecidos expressamente os princípios da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao planejamento familiar, devendo o Estado

¹⁴² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

assegurar proteção não apenas à família como instituição, mas a cada um de seus membros.

Outra inovação que merece destaque diz respeito à abolição da desigualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), não mais sendo possível qualquer discriminação relativa à filiação.

As modificações constitucionais foram fundamentais para uma nova interpretação do sistema normativo brasileiro no que diz respeito ao direito de família. No entanto, tornou-se ainda mais urgente a reforma do Código Civil de 1916, o que só foi efetivado em 10 de janeiro de 2002, através da Lei n.º 10.406.

A aprovação do Código Civil de 2002 foi precedida pela apresentação de vários projetos, até que se chegasse à elaboração do Projeto de Lei n.º 634, de 1975. A demora na tramitação do projeto ultrapassou o ano de 1988, ocasião em que foram necessárias novas modificações em face da promulgação da Constituição da República. As mudanças de última hora levaram à aprovação de um código já defasado.¹⁴³ De qualquer forma, a Lei n.º 10.406/2002 entrou em vigor trazendo inovações em todo o direito civil, especialmente na parte dedicada à família, o que era essencial para acompanhar as diretrizes constitucionais já em vigor.

O Código Civil de 2002 cuidou de estabelecer a mais completa igualdade jurídica entre o homem e a mulher, seja na condição de cônjuges ou companheiros. Quanto aos filhos, preocupou-se também com o reconhecimento do princípio da igualdade, sem qualquer discriminação. No tocante à proteção destes, modificou a nomenclatura referente ao *pátrio poder* (ligada à tradição da família patriarcal), introduzindo a expressão *poder familiar*, a ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe.

¹⁴³ VENOSA, op. cit., v. 1, p. 133/134.

Em termos jurídicos, a família brasileira hoje se encontra amparada pela Constituição da República de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002, todos estruturados a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 A importância da estrutura familiar para o desenvolvimento da sociedade

Acompanhar as mudanças sociais nos dias de hoje, cada vez mais rápidas e complexas, tem sido um desafio para o direito. Além de regulamentar as novas relações sociais a partir dos valores que a sociedade assume como essenciais para cada época, cabe ao direito preservar a dignidade da pessoa humana.

Miguel Reale, ao buscar o fundamento do direito, sustenta que ele possui uma estrutura tridimensional constituída pelo fato social, pelo valor e pela norma. Assim, o direito só se legitima a partir de normas que sejam capazes de regulamentar os fatos sociais para alcançar os valores que conferem significado a estes fatos.¹⁴⁴ Nesse sentido, o direito é concebido como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido de conteúdo valorativo, pertencente ao campo da cultura.¹⁴⁵

No direito de família fica muito clara a relação *fato, valor e norma*. Como objeto cultural, o direito vai normatizar a família a partir das relações que ocorrem no seu estado natural, regulamentando a conduta humana para o alcance dos valores familiares. São estes valores que variam de acordo com o tempo e o lugar, caracterizando a evolução da família.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131.

Essa passagem do estado natural da família para o estado cultural a partir do direito é assim esclarecida por Rodrigo da Cunha Pereira:

É somente após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família. [...]
A partir daí, o homem, criando seu ordenamento jurídico, normatiza as conseqüências dessa estrutura, com seus costumes e sua cultura. Aí, nessa sociedade, o costume determinará qual relação será incestuosa, por exemplo, qual será aprovada pela sociedade, por meio de normas jurídicas ou não.¹⁴⁶

As mudanças sociais ocorridas na estrutura do espaço privado que é a família exerce influência no espaço público representado pela sociedade. Assim, tais mudanças não significam que a família deve ser encarada como uma instituição em crise, mas sim que precisa ser acompanhada pelo direito, oferecendo instrumentos para que continue sendo o núcleo de desenvolvimento do ser humano:

Entendemos a família a célula do organismo social que fundamenta uma sociedade. *Locus nascendi* das histórias pessoais é a instância predominantemente responsável pela sobrevivência de seus componentes; lugar de pertencimento, de questionamentos; instituição responsável pela socialização, pela introjeção de valores e pela formação de identidade; espaço privado que se relaciona com o espaço público.
Vemos hoje a configuração familiar modificar-se profundamente. Muito embora os meios de divulgação e mesmo alguns profissionais da área da infância e da juventude enfatizarem que a instituição família encontra-se em processo de desestruturação, de desagregação ou de crise, temos que ter claro que, mesmo aquelas que apresentam problemas, ela é ainda um “porto seguro” para os jovens e as crianças. É muito importante salientar que a família como organismo natural não acaba e que, enquanto organismo jurídico, requer uma nova representação.¹⁴⁷

Tudo isso demonstra a importância da mudança de paradigma a partir da Constituição de 1988, no sentido de reconhecer a família da forma como ela se estrutura naturalmente, acompanhando as mudanças sociais. Foi através desse reconhecimento que a família passou a merecer a importância necessária como célula *mater* da sociedade, cuja desestrutura reflete no desenvolvimento de uma nação inteira:

A preocupação do legislador constituinte com o tema é de cristalina relevância. Com efeito, o homem criado no seio de uma família com elevados padrões morais, terá uma formação neste sentido, com fundamental

¹⁴⁶ PEREIRA, 2003, op. cit., p. 25.

¹⁴⁷ ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez, Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2005, p. 64.

influência na formação da sociedade como um todo, não se podendo dizer o mesmo com relação àquele que é criado em ambiente familiar desestruturado.¹⁴⁸

A estruturação familiar só pode existir a partir do momento em que se garante a proteção do Estado a toda espécie de construção familiar, seja ela constituída pelo vínculo do casamento ou não. A família é uma realidade e não uma ficção criada pelo homem, como observa Virgílio de Sá Pereira:

Agora, digei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.¹⁴⁹

A passagem supracitada demonstra com clareza o quanto é essencial o vínculo que se estabelece no seio de uma família. A partir do momento em que esse vínculo é reconhecido juridicamente, a família passa a receber a proteção necessária para se desenvolver como instituição essencial para o crescimento do ser humano.

Ao longo da evolução da família, pouco se discutia sobre a afetividade entre seus membros ou a garantia da dignidade a cada um deles. Hoje não há mais a possibilidade de se enxergar a família separada destes princípios:

As relações familiares, portanto, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.¹⁵⁰

¹⁴⁸ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 11.

¹⁴⁹ Apud GAMA, op. cit., p. 21.

¹⁵⁰ Ibid., p. 11.

A afirmação de que o ambiente familiar é o local apropriado para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana representa o verdadeiro reconhecimento da função social da família. Não foi por outra razão que o texto constitucional cuidou de estabelecer que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (art. 226).

A vida em sociedade é uma exigência da natureza humana, o que justifica não só o reconhecimento da família como base da estrutura social, mas também a obrigação desta sociedade no cuidado especial para com as crianças e os adolescentes:

Atualmente, com base na observação dos fatos e utilizando conhecimentos científicos, pode-se afirmar que a vida em sociedade é uma exigência da natureza humana. Com efeito, o ser humano é um animal que, após o seu nascimento, por muitos anos não consegue obter sozinho os alimentos de que necessita para sobreviver. [...]

Outras necessidades materiais, como um lugar de habitação e trabalho abrigado dos rigores da natureza, vestimentas protetoras, meios de locomoção, tudo isso faz parte das necessidades materiais, que só podem ser atendidas mediante uma troca de bens e de serviços.

Ao lado disso, existem necessidades espirituais, intelectuais e afetivas que a pessoa humana só satisfaz na convivência com outras pessoas.

[...]

Aí está o fundamento da solidariedade e da responsabilidade. Como as crianças e os adolescentes são mais dependentes e mais vulneráveis a todas as formas de violência, é justo que toda a sociedade seja legalmente responsável por eles. Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e desajustes, que, por sua vez, levarão à prática de atos anti-sociais. (grifo nosso)¹⁵¹

Também os pais, como responsáveis pela educação de seus filhos, devem contribuir para a construção de uma sociedade melhor:

A criança é nova e em formação, vivendo em um mundo que lhe é estranho e que também está em formação. Como um ser humano em formação, ela não difere de outras formas vivas, mas é nova “em relação a um mundo que existia antes dela e que continuará após sua morte e no qual transcorrerá a sua vida” (Arendt, 2001, p. 235). Se a criança fosse um animal, a educação se preocuparia apenas em habilitá-la a preservar sua vida. Não é o caso, entretanto.

Os pais humanos, ao educarem seus filhos, assumem a responsabilidade tanto pela vida destes como pela continuidade do mundo. [...]¹⁵²

¹⁵¹ DALLARI, op. cit., p. 24/25.

¹⁵² ACOSTA, op. cit., p. 57.

Reconhecida a responsabilidade da família e da sociedade em relação aos direitos da criança e do adolescente, cabe agora concretizar esta *proteção especial* a partir dos princípios constitucionais relativos à família e a cada um de seus membros, dentre eles a criança e o adolescente:

Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do “melhor interesse da criança” como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento.¹⁵³

O direito de família e o direito da infância e juventude se vêem cada vez mais integrados e fundamentados a partir dos direitos humanos, conforme esclarece Maria Regina Azambuja:

Não há como retroceder em face do atual estágio de desenvolvimento da civilização. Doravante, os esforços dos profissionais que integram o sistema de Justiça devem se voltar a acompanhar os avanços verificados na área dos direitos humanos fundamentais, a começar pelo direito à convivência familiar, em especial, à criança e ao adolescente, sem o que contribuiremos muito mais para o descompasso dos modernos paradigmas que estruturam o Estado Democrático de Direito do que para o bem-estar da civilização.¹⁵⁴

Quando se fala na família como espaço de desenvolvimento da dignidade humana, os filhos merecem destaque especial. Ambiente natural de desenvolvimento destes, a família jamais se firmará como *base da sociedade* enquanto não for efetivado o direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

¹⁵³ PEREIRA, 2007, op. cit., p. 30.

¹⁵⁴ AZAMBUJA, op. cit., p. 293/294.

O reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira trouxe inovações essenciais no direito de família e no direito da infância e juventude. A família passou a ter papel fundamental no desenvolvimento da sociedade, principalmente a partir da garantia da dignidade humana a cada um de seus membros. De outra parte, a criança e o adolescente são agora reconhecidos como sujeitos de direitos, merecendo proteção integral e prioridade absoluta no seu tratamento.

Nesse contexto, a garantia de uma convivência familiar harmônica e digna à infância e juventude apresenta-se como ponto crucial para concretizar as inovações constitucionais no âmbito familiar e infanto-juvenil, com repercussão positiva no desenvolvimento da sociedade: primeiro porque é na família que o ser humano aprende a conviver com o outro e recebe as bases para construir sua própria unidade familiar; segundo porque o trauma do abandono e a ausência do afeto paterno e materno irão repercutir prejudicialmente na estrutura moral do indivíduo, dificultando suas futuras relações.

Rolf Madaleno, ao escrever sobre o preço do afeto, destaca os prejuízos causados por sua ausência:

O ser humano está moldado para viver em agrupamentos sociais e familiares, tomando como ponto de partida o seu núcleo familiar, onde desenvolve a sua iniciação como pessoa e experimenta os mais diversificados sentimentos em suas principais fases de crescimento, até atingir a idade adulta, quando então procura formar a sua própria unidade familiar.

Os filhos têm o direito à convivência com os pais, e têm a necessidade inata do afeto do seu pai e da sua mãe, porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica dos seus filhos.¹⁵⁵

¹⁵⁵ PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 159.

Em seguida, o autor supracitado enfatiza que “a criança abandonada por seu pai, não apenas sofre trauma e ansiedade, como irá repercutir em suas futuras relações, perdendo sua confiança e auto-estima, valores fundantes de sua estrutura moral.”¹⁵⁶

O direito de crescer dignamente no seio de uma família é essencial para a efetivação de todos os outros direitos inerentes à condição de ser humano. Por tal razão, o direito à convivência familiar é reconhecido como um dos pilares da doutrina da proteção integral à infância e juventude:

[...] Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44.

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina da proteção integral fundada em três pilares: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade. (grifo nosso).¹⁵⁷

Como pilar da doutrina da proteção integral, a preservação dos vínculos familiares encontra-se intimamente ligada à garantia do afeto nas relações familiares, conforme se expressa José de Farias Tavares:

Proteção integral é a que tende a preservar os vínculos familiares, se possível, no próprio *habitat* da pessoa em fase peculiar de desenvolvimento, não mais em nome dos *deuses lares*, o que tanto serviu para justificar o poder político dos clãs romanos, mas em razão da psicologia científica e da relação atávica que move forças emocionais, como é do generalizado conhecimento empírico, da sabedoria popular.¹⁵⁸

O novo enfoque adquirido pela infância e juventude a partir da doutrina da proteção integral trouxe uma série de instrumentos para a garantia de direitos fundamentais relativos à criança e ao adolescente, deixando os destinatários desses

¹⁵⁶ Ibid., p. 168.

¹⁵⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, op. cit., p. 14.

¹⁵⁸ TAVARES, op. cit., p. 132.

novos direitos de serem tratados como simples objetos de atuação do Estado e da sociedade.

No entanto, os referidos instrumentos ainda são utilizados de maneira muito precária, não só pela família, mas também pela sociedade e pelo Estado, a ponto de não alcançarem o objetivo principal de concretizar os direitos fundamentais da infância e juventude.

Conforme disposto no artigo 227 da Constituição de 1988, a convivência familiar ganhou *status* de direito fundamental da criança e do adolescente, o que trouxe inúmeras implicações quanto ao seu estudo.

No entanto, os vinte anos da promulgação da Carta Magna em vigor e os dezoito anos do ECA não foram suficientes para impedir que a convivência familiar se tornasse um dos direitos fundamentais relativos à criança e ao adolescente mais violado na atualidade. A ausência de políticas públicas voltadas para a estruturação da família e para a melhoria dos atendimentos nas instituições de abrigo configura um dos principais entraves para a garantia desse direito fundamental.

Ao contrário, pouca importância se tem dado à convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente, sem se perceber os prejuízos que tal prática tem causado à população infanto-juvenil, à família e, conseqüentemente, à sociedade como um todo. Nesse sentido:

*A convivência familiar é um dos mais importantes direitos das crianças e dos adolescentes. Nem sempre foi assim, e é um direito em franca evolução, encontrando ainda sérios obstáculos à sua plena aceitação, pela longa trajetória histórica de rejeição de tal direito.*¹⁵⁹

Antes mesmo de ser tratado como direito fundamental garantido constitucionalmente, a convivência familiar é uma necessidade vital da criança, razão

¹⁵⁹ ARANTES, op. cit., p. 104.

pela qual deve ser interpretada no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida, conforme entendimento de Tarcísio José Martins Costa¹⁶⁰.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Pietro Perlingieri descreve a família como sendo “a formação social, garantida pela Constituição, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa.”¹⁶¹

De fato, quando se pensa em direitos humanos fundamentais o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. Uma implica a outra, necessariamente.

O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humanas, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos humanos fundamentais, todos eles dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto: “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro.”¹⁶²

Seja no seio da família natural ou, excepcionalmente, na família substituta, a convivência familiar é a garantia de que a criança irá receber o amor, a proteção e o respeito necessários ao seu desenvolvimento:

[...] a convivência familiar constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.¹⁶³

¹⁶⁰ COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 38.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

¹⁶² LIBERATI, 2008, op. cit., p. 22.

¹⁶³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: _____. Op. cit., p. 69.

Sobre a essencialidade da família, assim também se manifesta Maria do Rosário

Leite Cintra, representante da Pastoral do Menor em São Paulo:

Realmente, a família é condição indispensável para que a *vida* se desenvolva, para que a *alimentação* seja assimilada pelo organismo e a *saúde* se manifeste.

Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.

(...)

A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo.¹⁶⁴

Não fosse isso, a família é também a primeira e principal responsável por assegurar a efetivação dos demais direitos fundamentais infanto-juvenis, por ser através dela que a criança tem contato com os demais ambientes sociais. É na família que são detectadas as primeiras deficiências e necessidades da criança, o que gera também a obrigação de protegê-las.

Não obstante a importância da família como ambiente natural de desenvolvimento do ser humano, nem sempre o seu reconhecimento foi garantido legalmente. O século XX foi marcado por legislações internacionais que passaram a enfatizar (ainda que com atraso considerável) a importância da família na construção de uma sociedade mais justa e mais humana. Exemplo disso é a redação do artigo 16.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que põe em relevo o papel da família: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

¹⁶⁴ CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 85.

Por sua vez, o artigo 17 do Pacto de San José da Costa Rica, elaborado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estabelece que a “família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

As referidas legislações exerceram influência no ordenamento jurídico dos países que passaram a dar ênfase ao reconhecimento dos direitos humanos de seus cidadãos e foram incorporadas às respectivas Constituições.

No Brasil, o artigo 226 da Constituição da República traça como diretriz que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o que reforça e dá fundamento para a garantia da convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente, direito este que vem estabelecido em seguida, no artigo 227.

Garantido constitucionalmente, o direito fundamental à convivência familiar foi estruturado no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a permitir a sua concreta aplicação, o que, entretanto, ainda não alcançou o pretendido. A família do século XXI, com suas inovações, trouxe também um verdadeiro desafio na seara jurídica. Além de acompanhar as mudanças sociais, é preciso que o Direito ofereça instrumentos para o alcance da felicidade no seio familiar, garantindo que crianças e adolescentes cresçam amparados pelo afeto necessário ao seu desenvolvimento. Tal desafio somente será alcançado a partir do reconhecimento teórico e prático do direito à convivência familiar como direito fundamental da infância e juventude.

3.1 As diretrizes legais para a concretização do direito à convivência familiar

A Constituição de 1988 consagrou um novo enfoque principiológico e legislativo no âmbito familiar, especialmente no que diz respeito aos princípios que garantem proteção a todos os seres humanos que compõem a entidade familiar (art. 226, § 8º). Destacam-se os princípios da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), da igualdade entre homem e mulher (art. 226, § 5º), da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 3º), do reconhecimento da família monoparental, ou seja, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

Mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana foi a base para o desenvolvimento da legislação que garante proteção a cada um dos membros da família. A própria evolução da família no mundo dos fatos foi crucial para o seu reconhecimento jurídico tal como estabelecido constitucionalmente:

Cumpre, brevemente, apontar as grandes modificações da família desde o direito clássico até o direito contemporâneo, já delineadas, acima. Assim, em apertada síntese, podemos dizer que: primeiro, anteriormente, a preservação e a proteção da família eram o mais importante, inclusive, mais que a proteção dos seus membros; hoje, os sujeitos são mais importantes que a entidade em si. Segundo, a família era uma organização baseada na hierarquia; hoje, a relação entre seus membros se estabelece, democraticamente, numa verdadeira comunhão de vida. Terceiro, antes o casamento era sua fonte única, legalmente admitida; hoje, temos uma pluralidade de fontes ao lado do matrimônio (união estável, família monoparental, e outras). Quarto, tínhamos uma família autoritária, hoje, ela é, sobretudo, *hedonista*; por último, antes, tinha-se uma comunidade de sangue e, hoje, acima de tudo, tem-se uma comunidade de afeto.¹⁶⁵

A legislação tem realmente buscado acompanhar as mudanças sociais no âmbito da família. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado em 1990 com o objetivo principal de instrumentalizar os preceitos constitucionais:

¹⁶⁵ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, op. cit., p. 331.

À vista da nova política de proteção integral da criança e do adolescente, prevista nas normas constitucionais, impõe-se a atuação do Estado de forma não só reparativa, quando já se instalou uma situação irregular, ou seja, já houve ameaça ou infringência de direitos, mas, também, de forma preventiva, isto é, de maneira a garantir condições físicas, mentais, morais, espirituais e sociais para que a criança e o adolescente usufruam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Assim, tornou-se necessário que, através de norma federal infraconstitucional, fossem estabelecidas as regras para a execução de tais finalidades, e, para tal fim, foi criado, pela Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

Ao revogar o velho paradigma, representado pelas Leis nºs 4.513/64 (Política Nacional do Bem-estar do Menor) e 6.697/79 (Código de Menores), o Estatuto cria condições legais para que se desencadeie uma verdadeira revolução, tanto na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, como na estrutura e funcionamento dos organismos que atuam na área, inaugurando uma nova etapa no Direito brasileiro ao adotar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.¹⁶⁶

Estruturado a partir das diretrizes constitucionais delineadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra claramente a intenção do legislador em oferecer uma série de instrumentos capazes de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, em especial o direito à convivência familiar.

O Capítulo III recebe o título “Do direito à convivência familiar e comunitária” e compreende os artigos 19 a 52. Posteriormente, na parte especial, o direito à convivência familiar volta a ter relevância na parte relativa às entidades de atendimento (arts. 90 a 97), às medidas de proteção (arts. 98 a 102) e às medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129).

Iniciando as disposições gerais do capítulo referente ao direito à convivência familiar e comunitária, o artigo 19 assim dispõe:

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

¹⁶⁶ FIRMO, op. cit., p. 31.

Silvio Rodrigues, em comentário ao artigo supracitado, esclarece que: “A norma apresenta-se como uma declaração de princípios, uma orientação para o legislador ordinário, ordenando-lhe o mister de seguir o propósito do constituinte.”¹⁶⁷

Assim, o artigo 19 oferece fundamento aos dispositivos constantes do capítulo referente ao direito à convivência familiar, garantindo à criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

Para efetivar a manutenção dos vínculos biológicos ou, se for o caso, a colocação em família substituta, alguns instrumentos de garantia do direito à convivência familiar são tratados no Estatuto da Criança e do Adolescente na parte relativa às entidades de atendimento (arts. 90 a 97), às medidas de proteção (arts. 98 a 102) e às medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis (art. 129).

A garantia da convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente depende da estruturação da família em seu novo enfoque constitucional e também da existência de políticas públicas que disponibilizem programas de auxílio às famílias social e economicamente carentes. Além disso, não sendo possível a manutenção dos vínculos biológicos, é fundamental a existência de instituições para acolhimento temporário de crianças e adolescentes, até serem encaminhadas para famílias substitutas.

Nesse sentido, esclarece Roberto Elias que: “É oportuno observar, ademais, que toda assistência deve ser, de preferência, ofertada no seio de uma família, se possível a biológica. Se não for, em uma família substituta.”¹⁶⁸

¹⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, (Coord.), 2000, op. cit., p. 84.

¹⁶⁸ ELIAS, op. cit., p. 2.

Durante muito tempo a consangüinidade foi considerada o principal laço de união entre os membros de uma família. No entanto, com o objetivo de atender o melhor interesse da criança e do adolescente, os laços fundados no afeto são capazes de estruturar uma nova união de amor para acolher uma criança.

Em um e outro caso, a convivência familiar deverá ser priorizada como direito fundamental da criança e do adolescente. Para tanto, o sistema legislativo estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente disponibiliza quatro etapas a serem seguidas:

- a) existência de políticas gerais de garantia dos direitos necessários ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, o que funciona como prevenção contra a desestruturação familiar;
- b) a identificação e o acompanhamento de famílias que se encontram social, psicológica e economicamente vulneráveis em relação ao cuidado com os filhos, propiciando o encaminhamento a programas de auxílio à manutenção dos vínculos biológicos;
- c) o encaminhamento de crianças e adolescentes em situação de maior risco social para entidades de abrigo, priorizando o seu caráter provisório e excepcional;
- d) tratamento profissional adequado das famílias envolvidas, de forma a identificar, no menor prazo possível, a possibilidade de retorno da criança e do adolescente aos seus lares biológicos, ou, não sendo possível, o encaminhamento para uma família substituta, privilegiando parentes consangüíneos, caso existam.

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém, assim, dispositivos que formam um sistema de garantia de direitos, especificamente o direito à convivência familiar, cujo êxito depende da funcionalidade de cada uma das etapas que compõem o sistema.

As obrigações distribuem-se entre a família, a sociedade e o Estado. Os instrumentos são suficientes para a garantia da convivência familiar tanto em relação à família natural, à família substituta e dentro das instituições de abrigo. O que falta, contudo, é retirá-los do papel e transformá-los em realidade.

3.1.1 Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária

Uma das formas buscadas pelo poder público para concretizar as diretrizes legais estabelecidas no ECA a respeito da convivência familiar foi a elaboração do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

Consta dos Anais da III Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, ocorrida em novembro de 1999, a implantação de programas de apoio às famílias e garantia do direito à convivência familiar, como uma das propostas na área da assistência social:

62. Promoção de programas de apoio sócio-familiar, no âmbito estadual e municipal e nas zonas urbanas e rural, articulado com outras políticas setoriais, dentro dos modelos de renda mínima e bolsa escola, envolvendo a inserção dos adultos em programas de qualificação profissional e colocação no mercado de trabalho.

63. Implantar um programa nacional de reintegração familiar para crianças e adolescentes privados de convivência familiar, em nível municipal, envolvendo os Conselhos de Direitos e Tutelares.¹⁶⁹

¹⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. CONANDA. *Uma década de história rumo ao terceiro milênio: Anais da III Conferência Nacional dos direitos da criança e do adolescente*. Brasília/DF, 2000, p. 261.

A tarefa de elaborar o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária foi desempenhada por uma Comissão Intersetorial criada com este propósito. Após consulta pública, com a participação de todos os conselhos estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente, a elaboração do plano foi finalizada em 13 de dezembro de 2006, sob a coordenação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).¹⁷⁰

Especificamente em relação ao direito fundamental à convivência familiar, o plano é apresentado como reflexo da ausência de políticas públicas capazes de cumprir o comando constitucional de garantia do direito supracitado, estabelecendo diretrizes para preservação dos vínculos familiares:

As estratégias, objetivos e diretrizes deste Plano estão fundamentados primordialmente na prevenção ao rompimento dos vínculos familiares, na qualificação do atendimento dos serviços de acolhimento e no investimento para o retorno ao convívio com a família de origem. Somente se forem esgotadas todas as possibilidades para essas ações, deve-se utilizar o recurso de encaminhamento para família substituta, mediante procedimentos legais que garantam a defesa do superior interesse da criança e do adolescente.¹⁷¹

A necessidade de elaboração de um plano nacional para garantia do direito à convivência familiar iniciou-se através da análise dos antecedentes históricos que demonstraram a falta de integração dos atendimentos destinados à família e à infância e juventude. Durante muito tempo o Poder Público trabalhou os problemas do “menor em situação irregular” como sendo uma incapacidade da família em orientar seus filhos. Por

¹⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sedh/conanda>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

¹⁷¹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília/DF: Conanda, 2006, p. 17.

causa disso, preocupava-se em oferecer políticas assistencialistas voltadas para a institucionalização de crianças e adolescentes, retirando-os de suas famílias, sem qualquer preocupação com a convivência familiar.

A partir da mudança de paradigma em relação ao direito infanto-juvenil, constatou-se a necessidade de tratamento da família como âmbito essencial de desenvolvimento da criança e do adolescente. Essa mudança foi reconhecida pela legislação e vem sendo incorporada pela consciência social e política. No entanto, ainda não foi suficiente para impedir violações à garantia da convivência familiar, justificando a elaboração de um plano nacional para tanto.

O marco legal que serviu de base para a elaboração do plano nacional em questão foi a Constituição de 1988, especialmente os artigos 226 e 227. Os referidos artigos traçam os parâmetros jurídicos que informam tanto o direito de família quanto o direito infanto-juvenil. Além da Constituição, são também referenciados os documentos internacionais que tratam da criança e do adolescente, sempre com ênfase na promoção e proteção dos direitos humanos:

A Constituição Federal estabelece que a “família é a base da sociedade” (Art. 226) e que, portanto, compete a ela, juntamente com o Estado, a sociedade em geral e as comunidades, “assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais” (Art. 227). Neste último artigo, também especifica os direitos fundamentais especiais da criança e do adolescente, ampliando e aprofundando aqueles reconhecidos e garantidos para os cidadãos adultos no seu artigo 5º. Dentre estes direitos fundamentais da cidadania está o direito à convivência familiar e comunitária.

[...] Conseqüentemente, todo reordenamento normativo e político-institucional que se pretenda fazer há de partir das normas constitucionais, marco legal basilar para o presente Plano.

Respeitando-se essa hierarquia normativa, quando se tratar desta questão da convivência familiar e comunitária, igualmente deve ser dada prevalência a toda normativa convencional internacional, reguladora da promoção e proteção dos direitos humanos, ratificada em caráter especial pelo Brasil e àquela estabelecida por força de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas. Assim sendo, é de se destacar como marcos normativos a serem considerados as Declarações sobre os Direitos da Criança (1924/1959), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), o Pacto de São José da Costa Rica (1969), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966, ratificados em 1992) e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção,

Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (ratificado pelo Brasil em 2004) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (ratificado pelo Brasil em 2004).¹⁷²

Ainda com referência ao marco legal para elaboração do plano nacional, sua estrutura encontra-se totalmente integrada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, na medida em que a implementação de políticas públicas para garantir o direito à convivência familiar decorre de determinação legal, devendo seguir o que já está estabelecido na legislação ordinária.

Assim, o disposto na Lei n.º 8.069/90, especialmente no capítulo destinado à convivência familiar, “deve ser considerado, em seguida aos princípios constitucionais e convencionais, como outro marco legal basilar na construção do presente Plano.”¹⁷³

A partir do marco legal relativo à infância e juventude e à convivência familiar, a elaboração do plano levou em consideração alguns conceitos básicos que constam de sua estrutura. O objetivo é fundamentá-lo teoricamente e permitir que as políticas públicas sejam definidas de maneira objetiva. Dentre estes conceitos básicos destacam-se a definição de família, a compreensão do que significa criança e adolescente como sujeitos de direitos e sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o reconhecimento da convivência familiar e comunitária como direito fundamental, a corresponsabilidade do Estado e da família no âmbito da infância e juventude, o acolhimento institucional de crianças e adolescentes, o instituto da adoção, as violações de direitos e os programas de atendimento às famílias.

Em seguida à fundamentação teórica, o plano aborda a situação real da infância e juventude brasileira na atualidade, especialmente no que diz respeito à situação familiar. Consta como objetivo do marco situacional do plano “*reunir dados que*

¹⁷² Ibid., p. 24.

¹⁷³ Ibid., p. 25.

retratam a situação de crianças e adolescentes e suas famílias no Brasil, de forma a demonstrar a importância do desenvolvimento das ações aqui propostas.”¹⁷⁴

Consta, ainda, a importância do tratamento adequado das famílias para a garantia dos direitos infanto-juvenis:

Falar da qualidade de vida de crianças e adolescentes é falar da qualidade de vida de suas famílias e nas suas famílias. Assim, é reiterada a importância das políticas públicas na superação das desigualdades e no apoio às famílias, nos diferentes níveis de proteção social.¹⁷⁵

O plano reconhece que o direito à convivência familiar inicia-se na família natural, onde deve ser priorizado. Contudo, havendo ameaça ou rompimento dos vínculos biológicos, o direito fundamental à convivência familiar não perde sua razão de ser. Como princípio constitucional, não comporta exceções. Assim, a sua garantia passa a ser priorizada a partir de ações de restauração dos vínculos biológicos ou de criação de novos vínculos em famílias substitutas:

O direito à convivência familiar e comunitária é abordado, assim, desde a proteção à família de origem até a necessidade de proteção à criança e ao adolescente cujos vínculos foram ameaçados ou rompidos, exigindo ações de restauração dos laços familiares ou de criação de novos vínculos que garantam a este sujeito em desenvolvimento um dos seus direitos mais fundamentais: viver em família.¹⁷⁶

O marco situacional tem uma importância fundamental no desenvolvimento e implementação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, na medida em que apresenta dados sobre a situação das crianças e adolescentes no Brasil, bem como de suas famílias.

A partir do Relatório da Situação da Infância e Adolescência Brasileiras, elaborado pelo UNICEF em 2003, e também de estatísticas do Instituto Brasileiro de

¹⁷⁴ Ibid., p. 47.

¹⁷⁵ Ibid., p. 48.

¹⁷⁶ Ibid., p. 48.

Geografia e Estatística (IBGE) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o plano nacional apresenta dados sobre a situação de pobreza de crianças e adolescentes no país, sobre mortalidade infantil, saúde e educação, concluindo pela precária condição de vida de grande parte da população infanto-juvenil:

O censo do IBGE de 2000 encontrou, no Brasil, 61 milhões de crianças e adolescentes. Segundo a sua faixa etária, 23,1% tinham de 0 a 6 anos, 27,2% tinham 7 a 14 anos e 10,7% tinham de 15 a 17 anos. Esta população mostra acentuadas diferenças regionais, étnicas e sociais. Do total, 29 milhões são negras e pardas, 287 mil (0,5%) são indígenas; 181 mil de origem asiática e 31 milhões são brancas. Há maior concentração de crianças e adolescentes nas regiões mais pobres e nas faixas populacionais com menor instrução e menor renda, sendo que 45% destas vivem em famílias com renda per capita de até ½ salário mínimo. Entre as crianças e adolescentes negras e indígenas, o percentual de pobreza é ainda maior, respectivamente, 58% e 71% [...]

Essas crianças e adolescentes têm, como todos, o direito à convivência familiar e comunitária. São necessárias ações não apenas para o provimento do seu acesso aos serviços essenciais mas também o desenvolvimento de políticas sociais que ofereçam apoio à família ou responsáveis bem como criem formas de estímulo à comunidade para que se envolva com alternativas à institucionalização.

Até aqui, o retrato traçado da infância e da adolescência mostra a vulnerabilidade dos vínculos familiares e comunitários por força não das dinâmicas intrafamiliares mas por fatores estruturais e históricos da sociedade brasileira. Mas falar da situação em que vivem crianças e adolescentes no Brasil é falar também das condições de vida de suas famílias. Deve-se partir daí para se compreender as condições que estas famílias têm – ou precisariam alcançar – para cuidar e proteger os seus filhos e filhas.¹⁷⁷

Em relação à família, o plano apresenta alguns fatores que concorrem para a violência contra crianças e adolescentes no âmbito familiar:

Além da fragilidade imposta pela pobreza, outros fatores concorrem para explicar a incidência da violência contra crianças e adolescentes no âmbito familiar. Dentre eles destacam-se: a história familiar passada ou presente de violência doméstica; a ocorrência de perturbações psicológicas entre os membros das famílias; o despreparo para a maternidade e/ou paternidade de pais jovens, inexperientes ou sujeitos a uma gravidez indesejada; a adoção de práticas educativas muito rígidas e autoritárias; o isolamento social das famílias que evitam desenvolver intimidade com pessoas de fora do pequeno círculo familiar; a ocorrência de práticas hostis ou negligentes em relação às crianças, e fatores situacionais diversos que colocam as famílias frente a circunstâncias não antecipadas. A violência encontra-se associada a fatores estruturais e históricos da sociedade brasileira tanto quanto à história e às relações familiares, o que retoma o princípio da responsabilização compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado para a defesa do direito à convivência familiar e comunitária. As situações diferenciadas exigem também uma intervenção diferenciada, através de medidas de

¹⁷⁷ Ibid., p. 50.

proteção que atuem na perspectiva da defesa deste direito. Buscando dar continuidade a este argumento, serão apresentados dados sobre o trabalho infantil e sobre a violência intrafamiliar.¹⁷⁸

O marco situacional apresenta ainda dados sobre o trabalho infantil, crianças e adolescentes em situação de rua, adolescentes em cumprimento de medida sócio-educativa, crianças e adolescentes desaparecidos, violência doméstica e sobre a situação das entidades de abrigo. A partir da análise de todo o levantamento realizado, o plano nacional conclui pela sua relevância:

Neste “marco situacional” foram levantados dados sobre crianças, adolescentes e suas famílias, colocando em relevo a importância da preservação dos vínculos familiares mas também a necessidade de proteger as crianças e adolescentes contra as violações de direitos no contexto intrafamiliar, cultural e social.

A relevância do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária diante dos dados aqui expostos é evidente. A defesa deste direito dependerá do desenvolvimento de ações intersetoriais, amplas e coordenadas que envolvam todos os níveis de proteção social e busquem promover uma mudança não apenas nas condições de vida, mas também nas relações familiares e na cultura brasileira para o reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos.¹⁷⁹

De fato, o plano nacional reconhece de vez a importância da garantia do direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente. Reconhece também a necessidade de apoio sócio-econômico às famílias, sem o que não é possível efetivar o direito em questão.

As diretrizes apresentadas pelo plano são voltadas especialmente para o atendimento das famílias e estão assim definidas: centralidade da família nas políticas públicas; primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à equidade de gênero e às particularidades das condições físicas,

¹⁷⁸ Ibid., p. 52.

¹⁷⁹ Ibid., p. 64.

sensoriais e mentais; fortalecimento da autonomia da criança, do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto de vida; garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos programas de família acolhedora e de acolhimento institucional de crianças e de adolescentes; reordenamento dos programas de Acolhimento Institucional; adoção centrada no interesse da criança e do adolescente; controle social das políticas públicas.

A execução do plano nacional requer ações no âmbito das três esferas federativas, bem como a participação da sociedade civil organizada, o que é imprescindível para a viabilização de suas metas.

Para avaliar sua implementação, o plano estabelece indicadores relativos à avaliação da situação da criança e do adolescente no âmbito de suas famílias, a serem coletados anualmente junto aos municípios, que são os executores das políticas públicas.

No entanto, os objetivos gerais do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária ainda estão em fase de implementação, e de forma muito lenta. Até porque o plano estabelece o prazo de nove anos (2007/2015) para sua implantação, estabelecendo os seguintes intervalos:

- Curto Prazo: 2007-2008;
- Médio Prazo: 2009-2011;
- Longo Prazo: 2012-2015;
- Ações permanentes: 2007-2015.¹⁸⁰

O objetivo primordial do plano nacional é a materialização do direito fundamental à convivência familiar. Mas os resultados programáticos, tanto no âmbito da família e da comunidade, quanto em relação ao sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente, ainda não foram alcançados.

¹⁸⁰ Ibid., p. 80.

Contudo, não há como negar a sua importância ao reconhecer a essencialidade do direito fundamental à convivência familiar das crianças e dos adolescentes do país. Reconhece também a responsabilidade do poder público, apresentando propostas para a implementação de políticas públicas para atendimento da infância e juventude e de suas famílias:

O Plano representa um marco na defesa do direito à convivência familiar e comunitária, constituindo parâmetro para a reflexão e reorientação de práticas cristalizadas de atendimento à família, à criança e ao adolescente. Seus objetivos e ações envolvem os três Poderes, as três esferas de governo e a sociedade civil e sua implementação representa importante avanço nas políticas públicas para a consolidação no país de uma cultura de valorização, respeito e promoção da convivência familiar e comunitária.¹⁸¹

Em que pese a ausência de uma avaliação quanto à implementação efetiva do plano nacional até o momento, suas diretrizes vêm sendo utilizadas como parâmetros por todos os segmentos que atuam na área da infância e juventude, nas três esferas da federação, refletindo positivamente na garantia dos direitos fundamentais.

3.2 A garantia da convivência familiar em relação à família natural

O direito à convivência familiar que se estabelece a partir da legislação internacional sobre a infância e juventude prioriza a manutenção dos vínculos biológicos, possibilitando o encaminhamento da criança e do adolescente para família substituta somente em casos excepcionais.

O artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança afirma que:

(...) para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos

¹⁸¹ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sedh/conanda>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

cuidados e sob a 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.

Por sua vez, o artigo 9º, Inciso I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, preconiza que:

Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.

De acordo com os preceitos internacionais, a criança só deve ser afastada de sua família biológica em casos excepcionais, o que se justifica não apenas por ser uma questão legal, mas principalmente por ser da natureza do ser humano a preservação dos vínculos biológicos:

A família natural é a comunidade primeira da criança. Lá ela deve ser mantida, sempre que possível, mesmo apresentando carência financeira. Lá é o lugar onde devem ser cultivados e fortalecidos os sentimentos básicos de um crescimento sadio e harmonioso.¹⁸²

No entanto, algumas causas podem afastar a criança ou o adolescente dos seus lares biológicos. Mas esse afastamento deve ser a última alternativa adotada, esgotando-se todos os recursos possíveis para que crianças e adolescentes sejam mantidos no seio de sua família natural.

A expressão “família natural” tem hoje significado diverso do que já foi considerado no passado. Seguindo a orientação internacional e considerando o novo paradigma traçado em relação à família a partir da evolução social ocorrida em sua estrutura, a Constituição da República de 1988 trouxe novos parâmetros de reconhecimento da entidade familiar, nos seguintes termos:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

¹⁸² LIBERATI, op. cit., p. 28.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227 - [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que o estudo da família na atualidade depende da revisão dos diversos conceitos de família até então apresentados pelos juristas que tratam deste ramo do direito. No entanto, alerta para o fato de que não há mais como vincular o conceito de família ao vínculo estabelecido pelo casamento, o que perdurou durante muito tempo no direito brasileiro:

A idéia de família para o Direito brasileiro sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isso significa uma evolução no conceito de família. Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade.¹⁸³

Para explicar essa realidade, o autor cita os ensinamentos do jusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio, esclarecendo que o sentido da existência da norma está no desejo humano de lhe contrapor:

São interdependentes e complementares as noções de Direito e de Torto. Por muito que pareça extraordinário, o Direito é essencialmente violável – e existe por graça de sua violabilidade. Se fosse impossível o Torto, desnecessário seria o Direito.¹⁸⁴

¹⁸³ PEREIRA, 2003, op. cit., p. 8.

¹⁸⁴ Apud PEREIRA, 2003, op. cit., p. 31.

Dessa forma, conclui que a sexualidade, por fazer parte do desejo humano, está fora do alcance da normatização do Estado, cabendo a este reconhecer as diversas formas de constituição das famílias e regulamentá-las:

Assim, constatamos que a sexualidade, que é da ordem do desejo, escapa ao normatizável. O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. Ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Essas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.¹⁸⁵

Com efeito, o que caracteriza a família natural hoje não é mais o vínculo do casamento. Seja através da união estável ou do ambiente formado por qualquer dos pais e seus descendentes, estar-se-á diante de uma entidade familiar reconhecida e protegida pelo Estado:

Seja, todavia, a família composta por um homem e uma mulher casados ou conviventes e seus filhos, seja a família monoparental (art. 226, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CF/88), em qualquer caso, a entidade familiar permanece sob a proteção do Estado (art. 223 da CF/88), que envidará meios para que os filhos menores de 18 anos sejam criados no seio de sua família de origem (art. 19 do ECA).¹⁸⁶

De acordo com o civilista Washington de Barros Monteiro, “com ou sem casamento, desde que uma comunidade de vida se formou entre os pais, ou qualquer deles, e os filhos, a família, assim constituída, não pode deixar de ser havida como família natural, para os fins legais.”¹⁸⁷

Caracterizada a família natural, as legislações nacional e internacional determinam que todos os esforços devem ser preconizados com vistas à manutenção do vínculo biológico. O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta uma série de instrumentos para efetivar a garantia deste direito, iniciando pela determinação

¹⁸⁵ Ibid., p. 31/32.

¹⁸⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. _____. Op. cit., p. 72/73.

¹⁸⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 103.

constante do artigo 19, no sentido de que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, [...]”.

Maria Josefina Becker assim se manifesta sobre os benefícios da preservação dos vínculos familiares para o desenvolvimento da criança e do adolescente:

A precedência dada pelo legislador brasileiro e pelas Nações Unidas à preservação dos vínculos familiares corresponde aos resultados dos estudos e pesquisas sobre a influência decisiva para o desenvolvimento humano das relações estabelecidas pelo bebê, no início da vida, com as figuras parentais.¹⁸⁸

Por sua vez, o artigo 25 do ECA dispõe que: “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”

Em seguida, o artigo 27 preceitua que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (...)”, ficando claro o caráter de essencialidade que o legislador estabeleceu em relação ao reconhecimento dos vínculos biológicos.

Murillo José Digácomo afirma que:

A manutenção de crianças e adolescentes junto à sua família natural, portanto, assume hoje o contorno de verdadeiro princípio, que como tal deve ser respeitado e perseguido a todo custo pela Justiça da Infância e Juventude.¹⁸⁹

Seja como princípio ou como norma legal, a manutenção dos vínculos biológicos é hoje diretriz a ser perseguida a todo custo em prol do interesse maior da criança e do adolescente, configurando um dos pilares para a concretização da doutrina da proteção integral.

¹⁸⁸ BECKER, Maria Josefina. Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 119.

¹⁸⁹ DIGIÁCOMO, Murillo José. Direito à convivência familiar. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/direito_a_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2008.

No entanto, ainda é possível se deparar com um verdadeiro abismo no que diz respeito às garantias estabelecidas no ECA e à realidade de várias crianças e adolescentes que se vêem afastadas de seus lares sem que a convivência na família natural seja privilegiada.

É freqüente o afastamento de crianças e adolescentes de seus lares biológicos por estarem sendo vítimas de negligência, abuso ou maus-tratos, quando, na verdade, o afastamento deveria se dar em relação ao agressor, nos termos do artigo 130 do ECA.

Outras vezes, recém-nascidos são afastados de suas mães biológicas logo após o parto, momento em que a genitora encontra-se no chamado estado puerperal, que afeta o seu estado psicológico, não estando em condições de tomar qualquer tipo de decisão. Em seguida, os bebês são encaminhados para colocação em família substituta (muitas vezes sem passar pela Justiça da Infância e Juventude), sem qualquer tentativa de manutenção do vínculo biológico. Além disso, também não há uma preocupação em encontrar o pai biológico, que muitas vezes sequer tem ciência do nascimento do filho e muito menos do seu encaminhamento para família substituta.

As situações acima referidas são freqüentes na atuação infanto-juvenil e demandam não apenas um preparo maior daqueles que atuam nesta área, mas também um diálogo mais freqüente entre as instituições envolvidas no tratamento de crianças e adolescentes, com a participação efetiva do poder público na implantação de políticas capazes de acolher as famílias em risco social, oferecendo condições para que elas possam cuidar dignamente de seus filhos.

As medidas de apoio às famílias vulnerabilizadas estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e podem evitar a precoce e, muitas vezes, desnecessária separação de crianças e adolescentes de suas famílias biológicas. A carência de recursos materiais não justifica a destituição do poder familiar:

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

Parágrafo Único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Maria Josefina Becker, em comentário ao artigo 23, chama a atenção para o desrespeito que a doutrina da “situação irregular”, adotada no anterior Código de Menores, causava ao direito à convivência familiar. A referida legislação permitia a retirada de crianças e adolescentes de suas famílias em razão da pobreza, sem que fosse caracterizado qualquer tipo de violação de direitos por parte dos pais:

Responsabilizando as famílias pobres pela sua pobreza, sem levar em consideração a conjuntura e a estrutura social em que ocorre semelhante pobreza, consideravam-se “abandonadas” (em “situação irregular”) as suas crianças e adolescentes, que poderiam ser colocadas em instituições ou adotadas por famílias nacionais ou estrangeiras.

O art. 23 do Estatuto restabelece o verdadeiro conceito de abandono, que é a *omissão voluntária* da família em relação a seus filhos e afirma o dever do Estado em relação ao direito de ser assistido, conforme determina a Constituição Federal.

Este dispositivo tem conseqüências não apenas para a ação da Justiça da Infância e da Juventude, mas para a formulação e execução das políticas sociais em todos os níveis, levando em consideração o que dispõe a Lei Orgânica da Assistência Social. Ao determinar a inclusão obrigatória em programas oficiais de auxílio das famílias empobrecidas, está a lei propondo uma estratégia de manutenção dos vínculos familiares e um verdadeiro programa de prevenção do abandono.

No art. 23 encontra-se a matriz de toda a ação do Estado, da família e da sociedade para resguardar o direito constitucional das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.¹⁹⁰

Quanto aos programas oficiais de apoio às famílias, destacam-se as medidas protetivas previstas no artigo 102 do ECA e as medidas aplicáveis aos pais ou responsável, previstas no artigo 129 do mesmo diploma legal. A aplicação de tais medidas depende da implementação de políticas públicas de atendimento e acompanhamento das famílias em situação de vulnerabilidade, o que ainda não se encontra devidamente estruturado nos diversos municípios do país. Nesse sentido, vale frisar a importância da efetivação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa

¹⁹⁰ BECKER, Maria Josefina. Art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, p. 98.

do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o qual dá ênfase à preservação dos vínculos biológicos, apresentando como um de seus objetivos:

Proporcionar, por meio de apoio psicossocial adequado, a manutenção da criança ou adolescente em seu ambiente familiar e comunitário, considerando os recursos e potencialidades da família natural, da família extensa e da rede social de apoio.¹⁹¹

Não obstante as determinações legais e as propostas existentes para seu cumprimento, dados estatísticos revelam que o principal motivo da retirada de crianças e adolescentes de seus lares e encaminhamento para instituições de abrigo tem sido a carência material dos pais e a ausência de políticas públicas de atendimento destas famílias:

Embora a carência de recursos materiais, de acordo com o ECA, (Art.23, caput), não constitua motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, o Levantamento Nacional identificou que as causas que motivaram o abrigamento da expressiva parcela das crianças e adolescentes encontradas nas instituições de abrigos estavam relacionadas à pobreza, conseqüência da falha ou inexistência das políticas complementares de apoio aos que delas necessitam. Entre os principais motivos: a pobreza das famílias (24,2%), o abandono (18,9%), a violência doméstica (11,7%), a dependência química dos pais ou dos responsáveis, incluindo, alcoolismo (11,4%), a vivência de rua (7,0%) e a orfandade (5,2%).¹⁹²

A utilização indiscriminada da medida de abrigo é uma das principais violações à preservação dos vínculos biológicos. Ao invés de se investir no tratamento das famílias em situação de vulnerabilidade, prefere-se partir para o abrigamento precoce de crianças e adolescentes. As instituições que os acolhem nem sempre possuem a estrutura necessária ao atendimento dos abrigados.

Situações como essas demonstram que o cuidado especial com a população infanto-juvenil tem passado longe de princípios como a prioridade absoluta ou o melhor interesse da criança e do adolescente. O afastamento indiscriminado de suas famílias de origem prejudica ainda mais o desenvolvimento da criança e do adolescente, o que traz

¹⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília/DF: Conanda, 2006, p. 70.

¹⁹² Ibid., p. 59.

reflexos prejudiciais à estruturação de toda a sociedade. O que falta aos representantes do poder público é a consciência de que priorizar o atendimento à infância e juventude não configura gasto de recurso público, mas sim investimento na construção de um país melhor para todos.

3.2.1 O exercício do poder familiar

O poder familiar decorre da necessidade de cuidados especiais destinados ao ser humano em desenvolvimento. No início de sua vida e durante a fase de formação de sua personalidade necessita de alguém que o eduque, defenda, ampare, dedique amor, carinho, atenção e respeito, enfim, cuide de sua pessoa e de seus bens. Trata-se de tarefas normalmente exercidas pelos pais através do instituto do poder familiar.

O referido instituto sofreu algumas alterações ao longo da história, conforme comenta Giovane Serra Guimarães, ao tratar especificamente do assunto:

O instituto do poder familiar sofreu inúmeras alterações em suas características desde o surgimento até os dias atuais. No direito romano, tinha característica despótica que conferia ao pai direitos ilimitados sobre a pessoa dos filhos. Atualmente, entende-se o poder familiar como instituto dirigido sempre no interesse dos filhos, não mais apresentando as características iniciais no sentido de conferir ao pai poderes praticamente ilimitados sobre eles. Como ensina Orlando Gomes, [...] a evolução do instituto orientou-se fundamentalmente para três finalidades: a) limitação temporal do poder; b) limitação dos direitos do pai e do seu uso; c) colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para o orientar e controlar.¹⁹³

No direito brasileiro, o presente instituto era anteriormente denominado de “pátrio poder”. Contudo, o princípio da igualdade, incorporado no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988, não mais comportava a expressão “pátrio poder”,

¹⁹³ GUIMARÃES, op. cit., p. 6.

resquíio do modelo patriarcal de família. Dessa forma, o Código Civil de 2002 adotou nova denominação destinada ao instituto, hoje conhecido como “poder familiar”, que melhor atende os princípios consagrados constitucionalmente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de utilizar a expressão “pátrio poder”, estabelece que ele

será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (art. 21).

A legislação civil de que trata o comando legal supracitado engloba os artigos 1.630 a 1.638 e 1.689 a 1.693 do Código Civil de 2002, os quais, em consonância com os artigos 21 a 24 do ECA, disciplinam o exercício do poder familiar. Neles são estabelecidas normas que dizem respeito à sua titularidade, ao limite etário para que os filhos permaneçam sob sua égide, aos deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos e à administração de seus bens e às hipóteses que ensejam a destituição ou a suspensão do poder familiar, bem como outras formas de sua extinção.

A partir das disposições legais relativas ao poder familiar, Kátia Regina Maciel assim o define:

O poder familiar, pois, pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não o podem transferir a título gratuito ou oneroso.¹⁹⁴

No aspecto relativo aos deveres, dispõe o artigo 22 do ECA 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.” Como direito, o poder familiar será suspenso ou destituído “nos casos

¹⁹⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: _____. Op. cit., p. 76.

previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22” (ECA, art. 24).

No Código Civil, os motivos que ensejam a extinção, suspensão ou destituição do poder familiar estão previstos, respectivamente, nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638. A suspensão e a destituição dizem respeito ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações inerentes ao poder familiar, englobando as seguintes situações: abandono do filho, castigo imoderado, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, desatendimento injustificado do dever de guarda, sustento e educação, descumprimento das determinações judiciais quando houver e em casos de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis. A extinção, por sua vez, ocorre pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção.

Uma vez extinto, suspenso ou destituído o poder familiar, torna-se essencial o encaminhamento de crianças e adolescentes para um novo lar, com o intuito principal de possibilitar o desenvolvimento destes seres humanos no seio de uma família.

Conforme determina o artigo 227 da Constituição de 1988, a responsabilidade quanto à promoção dos direitos fundamentais da infância e juventude cabe à família, à sociedade e ao Estado. Ao se referir à família, a legislação prioriza a manutenção de crianças e adolescentes em seus lares biológicos e o encaminhamento a famílias substitutas somente em casos excepcionais. Uma das hipóteses que configura esta excepcionalidade é a perda ou suspensão do exercício do poder familiar.

De fato, todos os esforços devem ser promovidos para garantir que a família natural tenha condições de criar e educar seus filhos. No entanto, a violação de direitos infanto-juvenis por parte dos pais e a constatação da impossibilidade de que a situação possa ser revertida através de políticas públicas de apoio a estas famílias

vulnerabilizadas fazem com que crianças e adolescentes sejam afastadas de seus lares biológicos.

Qualquer entidade familiar, seja ela instituída através do casamento, da união estável ou formada por qualquer dos pais e seus descendentes, deve “reproduzir a formação democrática da convivência social e fundar-se em valores como a solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação das necessidades existenciais de seus integrantes.”¹⁹⁵

Não havendo por parte dos pais o respeito necessário aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, estarão eles na condição de primeiros violadores do direito à convivência familiar de seus próprios filhos. Nesse caso, após processo judicial no qual seja garantido o contraditório e a ampla defesa, poderão ser afastados do exercício do poder familiar, com o conseqüente encaminhamento de seus filhos para uma família substituta:

O descumprimento dos deveres do poder familiar pelos pais poderá deixar o filho em situação de risco, necessitando de providências para a garantia de seus direitos. Assim, se os pais castigarem imoderadamente os filhos, deixá-los em abandono, praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes, descumprirem injustificadamente as determinações judiciais proferidas no interesse dos filhos, ou incidirem reiteradamente nas situações previstas no art. 1.637 do novo Código Civil, poderão perder o poder familiar, ficando seus filhos sujeitos às medidas previstas no art. 101 do ECA, inclusive à colocação em família substituta.¹⁹⁶

O exercício do poder familiar tem conseqüências fundamentais na análise da colocação da criança e do adolescente em família substituta, na medida em que influencia na modalidade a ser adotada:

A análise referente à vigência do poder familiar é de fundamental importância para a colocação da criança ou adolescente em família substituta, pois, dependendo da forma de colocação que poderá ser nas modalidades de adoção, tutela ou guarda, não poderá ser a medida deferida se ainda vigorar o poder familiar. No caso de adoção, é pressuposto indispensável que a criança ou adolescente não esteja sob a égide do poder

¹⁹⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: _____. Op. cit., p. 73.

¹⁹⁶ GUIMARÃES, op. cit., p. 10.

familiar, que deverá ter sido extinto (não bastando a suspensão), ou que haja anuência dos genitores [...]. No caso de anuência dos genitores à adoção, a sentença que julgar procedente o pedido extingue o poder familiar dos pais biológicos e, automaticamente, surge novo vínculo com os pais adotivos que passam a exercer com exclusividade o mister.

Também para a colocação em família substituta mediante tutela, não poderá a criança ou adolescente estar sob o poder familiar, [...]. Somente a colocação em família substituta mediante guarda poderá ser concedida sem que o poder familiar tenha sido extinto ou que tenham sido os pais destituídos ou suspensos de seu exercício.¹⁹⁷

Como responsável pela garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a família, ao lado da sociedade e do Estado, tem sido também uma das grandes violadoras do direito à convivência familiar. Seus próprios membros são responsáveis por privar o infante de crescer no seio de sua família. Nesses casos, cabe ao poder público intervir para suprir eventuais falhas que ocorrem na estrutura familiar, especialmente por duas razões: a carência econômica não é motivo para a destituição do poder familiar e cabe ao Estado implementar políticas públicas de atendimento às famílias vulnerabilizadas.

A intervenção estatal, no entanto, deve ser breve. O tempo da criança não é eterno e amor é um sentimento que a lei não coloca no coração dos homens. De acordo com Manuel Hespanha, o amor dos pais pelos filhos é superior a todos os outros¹⁹⁸, mas, não existindo, deve-se buscar uma alternativa que atenda o direito da criança de se desenvolver a partir desse sentimento tão importante para o seu crescimento moral.

Assim, persistindo as violações por parte da família natural no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, não resta alternativa a não ser a busca por uma nova entidade familiar que tenha condições de assumir os cuidados com crianças e adolescentes já combalidos pela quebra dos vínculos familiares biológicos.

¹⁹⁷ Ibid., p. 7.

¹⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 156.

3.3 A garantia da convivência familiar em relação à família substituta

Como direito fundamental decorrente da natureza humana, a convivência familiar não comporta exceções em sua aplicação. Por causa disso, os princípios internacionais e constitucionais que priorizam o crescimento da criança e do adolescente no seio de sua família natural prevêm o encaminhamento excepcional para família substituta.

Dessa forma, em situações extremas de abandono dos filhos, morte dos pais biológicos ou mesmo por ter se tornado impossível a convivência na família natural, o direito fundamental de crescer no seio de uma família deve ser mantido, cabendo ao ordenamento jurídico apresentar soluções capazes de suprir os laços biológicos:

A regra, portanto, é a permanência dos filhos junto aos pais biológicos. Existem situações, todavia, que, para o saudável desenvolvimento mental e físico do infante, o distanciamento, provisório ou definitivo, de seus genitores biológicos ou civis, é a única solução. Situações outras de afastamento, ainda, são motivadas pelos próprios pais que abandonam a prole à própria sorte.¹⁹⁹

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 28 a 52, apresenta instrumentos para que crianças e adolescentes sejam inseridos em outra entidade familiar, denominada substituta, de forma a garantir um ambiente saudável para o desenvolvimento do ser humano:

O ECA, em face da Constituição Federal (art. 227) e ele próprio (arts. 4º e 19), por terem garantido à criança e ao adolescente o direito à “convivência familiar”, ou seja, de serem criados e educados no seio de uma família, de preferência na família natural, e, na falta ou impossibilidade desta, em família substituta, criou inúmeros mecanismos para reforçar e dar subsídios à família natural para criar seus filhos, como, também, para facilitar a colocação em família substituta, através dos institutos da adoção, da tutela e da guarda, independente da situação jurídica, nos termos que prevê. Foi facilitada a colocação de crianças e adolescentes em família substituta para

¹⁹⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Colocação em família substituta. In: _____. Op. cit., p. 139.

que, uma vez esgotados os mecanismos para a manutenção dos filhos em sua família natural, evite-se a colocação dos membros em abrigos.²⁰⁰

Segundo afirma Luiz Paulo Santos Aoki, o crescimento de crianças e adolescentes em famílias substitutas não é prática recente na história da humanidade:

A história da família substituta é quase tão antiga quanto a humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente latente nos seres humanos, de molde a suprir incontáveis ausências da família natural, gerando, daí, até mesmo fábulas, lendas e fantasiosas histórias que rechearam a imaginação de inúmeras gerações, como é o caso, p. ex., dos irmãos romanos Rômulo e Remo, que foram criados por uma Loba; ou, então, a história do *Lord* inglês que foi criado por uma família de gorilas; ou, então, a deliciosa história de Mogli, o menino das selvas, criado por uma família de lobos selvagens; ou a milenar história de Moisés, posto nas águas do rio em que se banhava a filha do faraó e por ela tirado das águas e criado, tendo por ama de leite sua própria mãe.²⁰¹

Não obstante o caráter histórico e até mesmo fantasioso dos exemplos acima, a alternativa de se encaminhar uma criança para que se desenvolva em um lar substituto que a acolha de braços abertos é, sem dúvida, um instrumento valiosíssimo na garantia do direito à convivência familiar.

Cabe ressaltar, contudo, que o encaminhamento de crianças e adolescentes para família substituta só pode ocorrer de maneira excepcional e desde que todos os esforços tenham sido destinados na tentativa de preservação dos vínculos com a família natural. Somente após a aplicação de medidas protetivas de apoio à família vulnerabilizada e uma vez constatada a impossibilidade de manutenção dos vínculos biológicos é que se justifica a procura por uma família substituta. A constatação da quebra definitiva dos vínculos familiares deve ser feita por equipe interdisciplinar, formada por profissionais habilitados nas áreas de psicologia e serviço social, pelo menos:

No âmbito do Poder Judiciário, o Serviço Social exerce um papel de suma importância, que consiste no fornecimento de subsídios para as decisões judiciais. Para tanto, o assistente social vale-se de técnicas, normas e critérios que lhe permitem fazer a avaliação socioeconômica e também

²⁰⁰ FIRMO, op. cit., p. 40/41.

²⁰¹ AOKI, Luiz Paulo Santos. Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 107.

propiciam aos pretendentes à adoção os devidos esclarecimentos quanto aos seus anseios e dúvidas.²⁰²

No que diz respeito à natureza jurídica da colocação em família substituta, trata-se de medida de proteção à criança e ao adolescente, segundo preceitua o artigo 101, VIII, do Estatuto. Isso significa que tal instituto tem por prioridade o atendimento do melhor interesse da criança acima de qualquer outro objetivo.

Kátia Regina Maciel faz uma abordagem sobre a relevância do reconhecimento da colocação em família substituta como medida de proteção à infância e juventude nos seguintes termos:

Seguindo a linha do revogado Código, a colocação em lar substituto permanece com a natureza jurídica de medida de proteção (art. 101, VIII, do ECA e art. 14, III, do Código de Menores), mas possui apenas três modalidades: guarda, tutela e adoção.

A propósito, algumas disposições gerais são extremamente relevantes em se tratando de medida protetiva de colocação em família substituta, pois norteiam a finalidade assistencial do instituto: a oitiva da criança ou do adolescente (§ 1º, do art. 28); o parentesco e a relação de afinidade ou afetividade entre o pretense guardião e o menor (§ 2º, do art. 28); a possibilidade de indeferimento da medida no caso de incompatibilidade ou ambiente inadequado (art. 29); a proibição de transferência da guarda para terceiros ou entidades sem autorização judicial (art. 30); a excepcionalidade da adoção internacional como medida, não sendo cabível o deferimento de guarda provisória ou definitiva para estrangeiros não residentes no Brasil (art. 31), e a formalidade de um compromisso firmado, mediante termo lavrado nos autos e registrado em Cartório em livro próprio (art. 32).²⁰³

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação em família substituta depende de decisão judicial e deverá ocorrer nas modalidades de guarda, tutela ou adoção. Em qualquer caso, deverá ser levada em conta a opinião da criança ou do adolescente e também o grau de parentesco ou a relação de afinidade e afetividade em relação à nova família, com o objetivo de amenizar os efeitos da separação da criança e do adolescente de seus lares biológicos.

²⁰² FERREIRA, Márcia Regina Porto; CARVALHO, Sônia Regina. *1º guia de adoção de crianças e adolescentes do Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções*. Winners Editorial: Fundação Orsa, [s.d.], p. 36.

²⁰³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Colocação em família substituta. In: _____. Op. cit., p. 140.

Durante o procedimento judicial, é essencial que profissionais das áreas de assistência social, psicologia, dentre outras, apresentem laudos atestando, em suas respectivas áreas, a viabilidade da colocação em família substituta em face do melhor interesse da criança e do adolescente. Tal procedimento é necessário, dentre outras coisas, para avaliar se o ambiente familiar é adequado para receber o novo membro da família.

Assim como a família natural é responsável pela garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (CR/88, art. 227), a família substituta assume os direitos e deveres legais em relação à infância e juventude, de acordo com a modalidade adotada (guarda, tutela, adoção). Sobre os direitos e deveres da família substituta, assim se manifesta Luiz Paulo Santos Aoki:

Portanto, ao assumir a posição de substituta, assume a família receptora da criança ou do adolescente todos os direitos e deveres inerentes àquela família original.

Deste modo, desde logo a família substituta assume os deveres contidos no art. 227 da CF e repetidos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

É certo, porém, que, dependendo do tipo de colocação em família substituta (eventual, transitória ou permanente), que variará segundo a maior ou menor eventualidade daquele estado de substituição, advirão os efeitos quanto à maior ou menor capacidade de ingerência na vida da criança ou adolescente posto sob a proteção daquela família substituta.²⁰⁴

Mais que isso, a nova família tem o desafio de suprir, ainda que em parte, o abandono e o desamparo eventualmente cometidos pelos pais biológicos, conforme preceitua Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] as famílias substitutas e os pais sociais cumprem também a função de suprir o desamparo e abandono, ou pelo menos parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo de seus pais biológicos. Assim, podemos dizer que o ECA, além de ser um texto normativo, constitui-se também em uma esperança de preenchimento e resposta às várias formas de abandono social e psíquico de milhares de crianças.²⁰⁵

²⁰⁴ AOKI, Luiz Paulo Santos. Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 110/111.

²⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, 1999, op. cit., p. 585.

Na verdade, a retirada da criança do seio da família que a gerou e o seu encaminhamento para novo lar configura uma verdadeira quebra no sentimento daquele ser humano em peculiar condição de desenvolvimento; especialmente por isso, todo o procedimento deve ser formalizado a partir das precauções legais, sociais e psicológicas possíveis para não causar outros prejuízos ao crescimento da criança. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser atendido sempre. A convivência familiar, já desmoronada em relação à família biológica, tem como última alternativa o instituto da colocação em família substituta. Dessa forma, o procedimento legal deve receber a prioridade necessária para que não perdure além da fase de desenvolvimento do infante.

Assim, não obstante o caráter excepcional do presente instituto, não se pode deixar de destacar a sua importância na garantia do direito à convivência familiar. Sem a possibilidade de encaminhamento do infante para família substituta, o desfazimento do lar biológico jamais poderia ser suprido. Merecem destaque também as famílias que acolhem crianças e adolescentes, com o intuito de promover para eles um novo lar de carinho, amor, respeito e proteção.

José de Farias Tavares assim se manifesta sobre a importância da família substituta:

A instituição da família substituta é uma das mais belas passagens da marcha evolutiva do Direito da Infância e da Juventude, com a legalização da generosidade pessoal e da solidariedade social de experiência milenar, que salva frágeis criaturas das agruras do desprezo e da solidão aniquiladora. A magnanimidade de quem acolhe e se desvela para dar de si o melhor para a felicidade do advindo, o exercício mais afetivo e mais efetivo da cidadania fecunda, constituem, na vida real, a maximização da proteção que a doutrina jurídico-social preconiza.²⁰⁶

A colocação em família substituta deverá ocorrer sempre que estiverem esgotadas todas as possibilidades de preservação dos vínculos biológicos, podendo

²⁰⁶ TAVARES, op. cit., p. 139.

acontecer sob a forma de guarda, tutela ou adoção. Em qualquer caso, o direito fundamental à convivência familiar deve ser priorizado pela família, seja ela natural ou substituta.

3.3.1 Guarda

A guarda é uma das modalidades de colocação em família substituta e se encontra regulamentada nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O seu conceito é assim apresentado por Giovane Serra Guimarães: “A guarda é um instituto destinado à proteção dos menores de 18 anos (limite de idade em que cessa o poder familiar), pelo qual alguém assume seus cuidados, na impossibilidade dos próprios pais fazê-lo.”²⁰⁷

De acordo com os dispositivos legais supracitados, a guarda não extingue os vínculos jurídicos com a família de origem e obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, enquanto durar a medida. Pode ser deferida no curso do processo de adoção ou tutela (guarda incidental ou provisória) e, excepcionalmente, será deferida isoladamente como forma de atender situações peculiares (guarda peculiar) ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis (guarda peculiar/temporária). A guarda também confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.

²⁰⁷ GUIMARÃES, op. cit., p. 15.

Ao dispor que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, o legislador deixa claro o seu propósito de atender o direito fundamental à convivência familiar, conforme preleciona Yussef Said Cahali:

Com a Constituição Federal de 1988 assegurou-se, no art. 227, à criança e ao adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, o direito à “convivência familiar e comunitária”, com a mesma garantia que o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade. Daí ter procurado o Estatuto aprimorar o instituto da guarda do menor, buscando tornar efetivo o seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, o que, aliás, antes já havia sido afirmado no art. 19 [...] ²⁰⁸

Ainda de acordo com o art. 33 do Estatuto, ao guardião é conferido o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Tal determinação se justifica pelo fato de que as obrigações decorrentes da guarda diferem daquelas relativas ao exercício do poder familiar, de tal sorte que um instituto pode existir sem o outro:

Tem-se ressaltado que a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder; em outros termos, a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele se confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda. ²⁰⁹

Deve-se atentar, ainda, para o que consta nas disposições gerais sobre a colocação em família substituta, especificamente no artigo 28, § 2º, do Estatuto, no sentido de que a guarda deve levar em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade entre os envolvidos, de forma a amenizar os efeitos da medida. Assim, havendo parentes ou pessoas ligadas à criança e ao adolescente por laços de afinidade e afetividade, tais pessoas devem ser priorizadas diante de eventual necessidade de afastamento dos lares biológicos. Este é um cuidado que também

²⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 130.

²⁰⁹ Idem.

assegura a garantia do direito à convivência familiar, na medida em que não promove uma mudança brusca na vida da criança, facilitando o retorno ao lar biológico.

No que diz respeito às modalidades de guarda, ela pode ser deferida de forma incidental e provisória nos processos de adoção e tutela, tanto para regularizar uma situação de fato já existente, quanto para possibilitar a análise da fase de adaptação entre os envolvidos. Além disso, a guarda pode ser deferida de maneira excepcional e isolada para atender situações peculiares (ECA, art. 33, § 2º, 1.ª parte). No entendimento de Munir Cury, Paulo Garrido e Jurandir Marçura, esta última hipótese configura uma espécie de guarda especial, deferida

como medida provisória em casos graves (art. 157) ou quando inexistir fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a anuência dos pais (art. 23 c/c art. 166).²¹⁰

Ainda com referência aos ensinamentos dos autores supracitados, a modalidade de guarda acima referida destina-se a atender crianças e adolescentes que não mais têm a possibilidade de retorno ao lar biológico e possuem poucas chances de encaminhamento à família substituta, especialmente em razão da idade avançada. Funciona como uma das últimas alternativas para que o direito fundamental à convivência familiar seja preservado, já que impede que crianças e adolescentes permaneçam em instituições de abrigo de forma indefinida ou até completar a maioridade.²¹¹

Existem ainda os casos de guarda temporária (ECA, art. 33, § 2º, 2.ª parte) para suprir a falta eventual dos pais ou responsável, seja por motivo de doença, viagem, trabalho, ou mesmo em razão de violações de direito por parte deles. Neste último caso, a família biológica deverá ser encaminhada para programas específicos de atendimento.

²¹⁰ CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

²¹¹ *Ibid.*, p. 47.

A família substituta, por sua vez, deverá cumprir a determinação legal constante do artigo 33 do ECA, de forma que não haja interrupção na garantia do direito à convivência familiar. Constatada a impossibilidade da manutenção dos vínculos biológicos, a criança e o adolescente deverão ser encaminhados para família substituta de forma definitiva.

Em que pese se tratar de modalidade de colocação em família substituta, podendo o guardião opor-se inclusive aos pais, mais uma vez não se pode perder de vista o direito à convivência familiar de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, cabe ao guardião assumir os cuidados com a criança e o adolescente sem causar prejuízos ao seu desenvolvimento, sob pena de revogação da guarda, nos termos do artigo 35 do Estatuto.

A guarda temporária, deferida para suprir eventual falta dos pais ou responsável, possibilita a regulamentação de visita em favor destes, com o objetivo de garantir prioridade na preservação dos vínculos biológicos. Esse é o entendimento de Kátia Regina Maciel:

Sob outro ângulo, sustentamos a importância de, em sendo possível, com base no princípio do melhor interesse da criança, ser regulamentada a visitação dos pais ao filho sob a guarda de terceiros (familiares ou não).

Havendo acordo entre os guardiães e os pais da criança e demonstrado que a visitação será um instrumento importante para a garantia de preservação dos vínculos afetivos com a família biológica, não nos parece haver impedimento para a homologação, ante a ligação estreita entre as duas matérias: a guarda e a visitação.

[...]

Desta maneira, mesmo que os pais percam a guarda por decreto judicial, não havendo razões para o afastamento completo daqueles do convívio com o filho, é aconselhável que se regularizem as visitas. [...] ²¹²

Assim também se manifesta Giovane Serra Guimarães:

A guarda [...] contém alguns dos atributos do poder familiar, permanecendo os pais com o exercício no que tange aos demais atributos. Assim, e considerando que os laços familiares devem, sempre que possível, ser

²¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Da guarda como colocação em família substituta. In: _____. Op. cit., p. 156-157.

preservados, têm os pais o direito de visitar o filho que está sob a guarda de terceiros, respeitando, evidentemente, os direitos dos guardiães. [...] ²¹³

Existe ainda a determinação legal ao poder público para que estimule o acolhimento sob a forma de guarda, com o objetivo de diminuir o abandono de crianças e adolescentes, priorizando o direito à convivência familiar. Dispõe o artigo 34 do ECA que: “O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.”

Trata-se, nos dizeres de Kátia Regina Maciel, da chamada “guarda subsidiada ou por incentivo”, a qual se verifica na seguinte situação:

Assim, com a impossibilidade momentânea de exercício da guarda pelos pais e outros parentes, o ideal é que se busquem recursos sociais junto a programas assistenciais, de modo que a criança seja acolhida por pessoas ou famílias previamente cadastradas e que se responsabilizarão, através de termo próprio de guarda, pelo infante, durante o período que se fizer necessário, até que os pais voltem a ter condições de exercitar este múnus. ²¹⁴

Wilson Donizeti Liberati, por sua vez, denomina o presente instituto de “guarda familiar”, outorgada a um casal ou a uma família que recebe a criança e o adolescente em seus lares de forma provisória, prestando todos os cuidados inerentes à guarda. Justifica a sua existência na importância de que vínculos familiares sejam mantidos durante o afastamento de crianças e adolescentes de seus lares biológicos, ainda que de forma provisória, o que não é possível em instituições de abrigo. A preservação dos laços familiares é essencial para o desenvolvimento sadio da criança:

O vínculo familiar é essencial para o desenvolvimento harmonioso e sadio de crianças e adolescentes, o que só é possível em uma família. No passado, quando o vínculo não existia, ou se tratava de situações de crianças abandonadas, o poder público, associado com instituições filantrópicas, disseminou o atendimento em asilos, hospitais e internatos.

²¹³ GUIMARÃES, op. cit., p. 21.

²¹⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Da guarda como colocação em família substituta. In: _____. Op. cit., p. 149.

A cultura do abrigo familiar não é recente entre nós. Desde o período da escravatura até o início do séc. XX difundiu-se um comportamento ímpar nas famílias, relacionado ao “cuidado” que elas tinham com as crianças de seus vizinhos ou parentes. Tratava-se de um comportamento de solidariedade, pelo qual, na zona rural ou urbana, uma família ajudava a “criar” a criança da outra.

Sem dúvida, muitas dessas famílias tinham relações de parentesco ou de afinidade, tratando-se de tios, primos, compadres, e, até mesmo, de vizinhos. Não havia qualquer problema jurídico que impedisse uma família de cuidar da criança de outra família, principalmente se esta se encontrasse em difícil conjuntura. A situação era informal.

A base desse serviço era, sem dúvida, o voluntariado. As famílias não recebiam qualquer remuneração por isso. E funcionava! Mesmo tendo o poder público e as entidades filantrópicas insistido na institucionalização de crianças em *internatos, patronatos ou casas de abrigo*, o abrigo informal e natural das famílias não desapareceu.²¹⁵

O referido autor destaca, contudo, que a guarda familiar ainda é muito pouco difundida na atualidade:

Entre nós, a guarda familiar é, ainda, incipiente, tanto como *medida* aplicada e supervisionada pela autoridade judiciária quanto como um *programa* de atendimento. Não há um programa “oficial” de estímulo para que casais assumam a responsabilidade e os cuidados de uma criança ou adolescente em situação de risco pessoal e social. Há, apenas, iniciativas privadas de instituições que, filantropicamente, preparam casais e desenvolvem, com sucesso, a guarda familiar.²¹⁶

Tal situação vem se modificando, especialmente após a elaboração do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o qual destaca o programa “Família Acolhedora” como uma de suas diretrizes, conceituando-o da seguinte forma:

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. Tal programa prevê metodologia de funcionamento que contemple:

- mobilização, cadastramento, seleção, capacitação, acompanhamento e supervisão das famílias acolhedoras por uma equipe multiprofissional;
- acompanhamento psicossocial das famílias de origem, com vistas à reintegração familiar; e

²¹⁵ LIBERATI, op. cit., p. 31.

²¹⁶ Idem.

- articulação com a rede de serviços, com a Justiça da Infância e da Juventude e com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos.²¹⁷

A estrutura do programa de família acolhedora se destaca exatamente por permitir que o direito fundamental à convivência familiar seja preservado enquanto o infante permanece afastado de sua família de origem, uma vez que garante o acolhimento por uma família substituta.

Enquanto os programas de família acolhedora não são devidamente estruturados, não resta alternativa a não ser o encaminhamento da criança e do adolescente para uma instituição de abrigo. Nesses casos, a guarda é automaticamente assumida pelo dirigente do abrigo, conforme determinação legal (ECA, art. 92, parágrafo único).

Por fim, cabe ressaltar a recente regulamentação da guarda compartilhada através da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002. O *caput* e o § 1º do artigo 1.583 passaram a ter a seguinte redação:

Art. 1.583 - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1 - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Antes de ser regulamentada em lei, a guarda compartilhada já era defendida por alguns autores. Giselle Câmara Groeninga, membro da *International Society of Family Law*, já destacava as vantagens do instituto:

A proposta de qualificação da guarda sempre como compartilhada, sendo a guarda única exceção, atenderia ao uso difundido do *temor e tem*, como dito, a finalidade de contemplar a relação entre guarda, convivência e poder familiar. A qualificação que passaria explicitamente a fazer parte do conceito, contém o princípio norteador do necessário entendimento entre os pais e a convivência destes com os filhos, baseados na manutenção do Poder

²¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília/DF: Conanda, 2006, p. 42.

Familiar, no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e nos Direitos da Personalidade, no que tange à integridade psíquica de pais e filhos. Os Direitos da Personalidade traduzem o Princípio da Dignidade da Pessoa, a essência humana que é valor-fonte de todos os valores individuais e coletivos.²¹⁸

Ainda de acordo com a autora supracitada, “a guarda compartilhada atende à instituição familiar, cuja finalidade de cuidado e amparo dos filhos não cessa com a dissolução do casal conjugal.”²¹⁹

A guarda compartilhada divide as responsabilidades entre pai e mãe, de forma que ambos participam igualmente da vida e do desenvolvimento dos filhos. Esse compartilhamento apresenta reais vantagens para a garantia do direito à convivência familiar, na medida em que privilegia o contato do filho em igualdade de condições com os pais. Mas é preciso atentar-se para a maturidade dos pais no exercício da guarda compartilhada, que só deve ser adotada para atender o melhor interesse da criança e do adolescente e não dos genitores. No entanto, por se tratar de instituto novo, as suas vantagens e desvantagens ainda não foram devidamente apuradas.

3.3.2 Tutela

Como segunda modalidade de colocação em família substituta, a tutela encontra-se regulamentada nos artigos 1728 e seguintes do Código Civil e nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²¹⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, 2006, op. cit., p. 108.

²¹⁹ Ibid., p. 112.

Silvio Rodrigues apresenta o seguinte conceito de tutela: “A tutela é o conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro, para que zele pela pessoa de um menor que se encontra fora do pátrio poder, e lhe administre os bens.”²²⁰

José de Farias Tavares assim se manifesta sobre a tutela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Tutela estatutária é a modalidade de colocação de criança ou adolescente em família substituta na vacância da titularidade do pátrio poder-dever (poder-dever familiar), que passa a ser atribuído supletivamente a outrem, o tutor, para gerir os interesses, direitos e bens e proteger a pessoa do pupilo, dando-lhe guarida, sustento, educação, segurança e defesa, respeito e carinho, sem contrapartida econômica.²²¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a tutela será deferida à pessoa de até vinte e um anos incompletos. No entanto, após a redução da maioridade civil e a regulamentação da tutela pelo Código Civil de 2002, ficou estabelecida a idade de dezoito anos.

Para deferimento da tutela, deve ser seguida, preferencialmente, a ordem estabelecida no artigo 1731 do Código Civil de 2002, podendo ser a mesma invertida, desde que justificada no melhor interesse da criança e do adolescente, para garantia da proteção integral. De qualquer forma, deve ser privilegiado o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, nos termos do artigo 28, § 2º, do ECA.

A tutela tem como objetivo principal a proteção do incapaz e, em consequência, preservar os direitos da criança e do adolescente, especialmente a garantia de que seja criado no seio de uma família.

Sobre o objetivo da tutela, assim estabelece Roberto João Elias:

A tutela é um instituto milenar, que sofreu, com o tempo, evolução edificante, tendo, hoje, como objetivo primordial a proteção do incapaz. Podemos defini-la como o poder conferido a uma pessoa capaz, para reger a pessoa de um incapaz e administrar seus bens. Com referência a menores, trata-se de um sucedâneo do pátrio poder. Na falta dos pais, por quaisquer motivos, é necessário que alguém os substitua,

²²⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979 e 1982, v. I, p. 398.

²²¹ TAVARES, op. cit., p. 145/146.

amparando aqueles que, pela pouca idade e inexperiência, não têm condições de viver sozinhos e praticar todos os atos necessários à sua subsistência e a uma vida normal em sociedade. A tutela supre o poder paternal, tendo um caráter subsidiário, na falta dele. No ensino de Ruggiero, é um poder que imita em grande parte o pátrio poder, na sua espécie mais importante, que é a tutela de menores (*Insituições de Direito Civil, V-2/221 e 222, Saraiva*). Caso o pátrio poder surja ou ressurja com a adoção ou com o reconhecimento do filho havido fora do casamento, a tutela desaparece.²²²

O tutor deverá exercer os mesmos deveres inerentes ao poder familiar, preservando a garantia de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente o direito à convivência familiar:

Da mesma forma que ocorre com os pais, o tutor deve garantir ao tutelado todos os direitos fundamentais prescritos no art. 227 da CF/88 e art. 4º do ECA, haja vista que a expressão “família” dos textos referidos sugere, em primeiro plano, aqueles que convivem diretamente com a criança ou o adolescente, sejam eles os pais ou o responsável.²²³

Assim também se manifesta Giovane Serra Guimarães:

Assim, temos claro que a tutela se presta a substituir o poder familiar, aplicando-se a pessoas de até 18 anos incompletos que não estejam sob sua égide e, como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, implica necessariamente o dever de guarda, (art. 36, parágrafo único), obrigando a prestação de assistência material, moral e educacional (art. 33) e, sendo instituto de proteção e representação dos menores, confere ao tutor poderes que se aproximam aos dos pais, diferindo, contudo, em muitos aspectos, inclusive no que tange à fiscalização e necessidade de autorização de certos atos pelo juiz.²²⁴

A tutela tem caráter definitivo e pressupõe a prévia perda ou suspensão do poder familiar. O seu objetivo principal é o de suprir a carência de representação legal. Nesse ponto, diferencia-se da guarda, sendo, via de regra, o meio utilizado pelos irmãos e avós para se tornarem representantes legais da criança ou adolescente, haja vista que ambos estão proibidos de adotar em razão da proximidade sangüínea. Trata-se de medida adequada para manutenção dos vínculos do infante com o grupo familiar ampliado, diferenciando-se da adoção por preservar a identidade originária da criança:

A tutela parece ser a medida mais adequada quando, tendo havido a perda ou suspensão do pátrio poder, a criança ou adolescente mantém os vínculos

²²² Ibid., p. 136.

²²³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Da tutela. In: _____. Op. cit., p. 171.

²²⁴ GUIMARÃES, op. cit., p. 26.

com seu grupo familiar ampliado e com a comunidade cultural em que iniciou sua vida. Esta medida, diferentemente da adoção, preserva a identidade originária da criança, seu nome e o de sua família. Dada a radicalidade da adoção, que institui, psicossocialmente e juridicamente, uma nova família e novos vínculos, essa última medida deve ser reservada para os casos em que a ruptura é inevitável e atende aos direitos e interesses da criança.²²⁵

Cabe ressaltar que a tutela, sendo medida de proteção em face da criança e do adolescente, deve sempre ser exercida de acordo com o princípio do melhor interesse do tutelado. Dessa forma, apesar de possuir algumas semelhanças em relação à adoção, dela se diferencia por ser a tutela menos abrangente. Por isso, para melhor garantir o direito à convivência familiar, a adoção deve ser privilegiada em detrimento da tutela, quando possível. A adoção garante maior proteção à infância e juventude, possibilitando ao adotando um novo núcleo familiar, fundamentado no princípio da afetividade.

Não obstante, tratando-se de modalidade de colocação em família substituta, a tutela faz parte do sistema de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente o direito à convivência familiar, uma vez que privilegia o desenvolvimento do ser humano no seio de uma família.

3.3.3 Adoção

A adoção configura a modalidade de colocação em família substituta que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente. Diferentemente da guarda e da tutela, por meio da adoção extinguem-se todos os vínculos de parentesco entre o adotando e

²²⁵ ELIAS, Roberto João. Art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 137.

sua família biológica. Um novo parentesco civil é criado por força de decisão judicial, mas fundamentado em vínculos de amor, carinho, afeto e proteção:

De todas as modalidades de colocação em família substituta previstas em nosso ordenamento jurídico, a adoção é a mais completa, no sentido de que há a inserção da criança/adolescente no seio de um novo núcleo familiar, enquanto que as demais (guarda e tutela) limitam-se a conceder ao responsável alguns dos atributos do poder familiar. A adoção transforma a criança/adolescente em membro da família, o que faz com que a proteção que será dada ao adotando seja muito mais integral. Através da adoção será exercida a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do afeto, do amor.²²⁶

Sobre a paternidade adotiva, Rodrigo da Cunha Pereira a denomina de “verdadeira paternidade”. De acordo com o autor, o laço biológico sempre estará ligado à responsabilidade civil (alimentos, sucessão), não existindo lei capaz de obrigar um pai ou uma mãe a amar e respeitar seus filhos biológicos. Ao contrário, a paternidade adotiva está ligada à escolha, ao desejo de ser pai e, portanto, já possui em sua essência o amor e o afeto, essenciais para criar e educar uma criança.²²⁷

De acordo com o autor Galdino Bordallo, o instituto da adoção existe desde civilizações mais remotas, passando pelo direito romano, enfraquecendo-se na idade média e retornando à legislação no direito moderno, até chegar aos dias de hoje. Durante sua evolução, a adoção sempre foi tratada como um instituto utilizado para dar filhos a quem não podia tê-los. A partir do novo paradigma adotado pelo direito infanto-juvenil, baseado nos direitos humanos, a adoção teve seu sentido alterado, passando a ser tratada como medida de proteção à criança e ao adolescente, tornando-se, portanto, instrumento para dar uma família a quem não a possui:

Existindo desde as civilizações mais remotas, a adoção foi instituída com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los, a fim de que a religião da família fosse perpetuada. [...] Era medida empregada com o intuito de manter os cultos domésticos, pois as civilizações mais remotas entendiam que os mortos deviam ser cultuados por seus descendentes, a fim de que sua memória fosse honrada. Assim,

²²⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, op. cit., p. 181.

²²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste?. In: PEREIRA, 1999, op. cit., p. 580.

poderia adotar aquele que não tivesse filhos e isto viesse a acarretar o risco da extinção da família.

No direito romano, a adoção teve seu ápice, vindo a ser melhor disciplinada. Os romanos, além da função religiosa, davam à adoção papel de natureza familiar, política e econômica. [...]

Sua existência foi ameaçada durante o período da Idade Média, pois as regras da adoção iam de encontro aos interesses reinantes naquele período, já que se a pessoa morresse sem herdeiros, seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela Igreja. [...]

Retornou às legislações no Direito Moderno, com a elaboração do Código de Napoleão, em França, em 1804. [...]

Com seu retorno aos textos legais, a adoção transformou-se em mecanismo para dar filhos a quem não podia tê-los. Com o passar dos tempos, seu sentido se alterou, passando, nos dias de hoje, a significar o dar uma família a quem não a possui. [...]

No Século XX seu incremento veio a se dar com o final da 1ª Guerra Mundial. A tragédia causada pelo conflito internacional acarretou um grande número de crianças órfãs e abandonadas, o que veio a comover a população, fazendo com que a adoção retornasse à ordem do dia.²²⁸

No Brasil, a adoção esteve sempre presente na legislação, inclusive no período colonial, quando vigoravam aqui as Ordenações do Reino de Portugal. Galdino Bordallo destaca que, mesmo estando prevista em lei, a adoção de crianças órfãs e abandonadas durante o período colonial e imperial era nula. Ao longo de muito tempo, as crianças denominadas expostas ou enjeitadas eram acolhidas em instituições criadas a partir do espírito cristão de exercício da caridade.²²⁹

Posteriormente, a adoção foi prevista no Código Civil de 1916, alterado pela Lei n.º 3.133, de 08/05/1957, com o intuito de atualizar e dar maior aplicabilidade ao instituto. Contudo, somente através da Lei n.º 4.655, de 02/06/1965, a adoção passou a ter mais amplitude, garantindo maior integração do adotado à família adotante.

Com o advento do Código de Menores de 1979, instituíram-se no país dois sistemas de adoção, a simples, destinada aos menores de dezoito anos em situação irregular, e a plena, destinada aos menores de sete anos:

Com o advento do Código de Menores (Lei n.º 6.697/79), ficou estabelecida em nosso sistema legal a adoção simples e a adoção plena. A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se os dispositivos do Código Civil no que fossem pertinentes, sendo realizada através de escritura pública. A adoção plena era aplicada aos menores de 07 anos de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial,

²²⁸ BORDALLO, op. cit., p. 182/183.

²²⁹ Ibid., p. 184.

vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena conferia ao adotando a situação de filho, desligando-o totalmente da família biológica. Concedida a adoção plena, era expedido mandado de cancelamento do registro civil original.²³⁰

Após a promulgação da Constituição de 1988, o direito de família passou a ter nova roupagem, o que influenciou o instituto da adoção, garantindo-a de forma plena e irreversível, preservando a igualdade em relação aos filhos biológicos. Em consequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu a adoção como medida de proteção destinada às crianças e aos adolescentes e promovida judicialmente. Foi extinta a figura da adoção simples e a nova sistemática do ECA garantiu a adoção da forma mais ampla possível em benefício do adotado, que passou a ser membro da família adotiva, sem qualquer restrição.

O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve a adoção de maiores de dezoito anos que era prevista no Código Civil de 1916. Passou a prever também um regime jurídico único para a adoção de crianças e adolescentes, disciplinando-a em consonância com o que se encontra estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente. Este, contudo, é mais minucioso e suas regras devem ser adotadas prioritariamente em relação ao Código Civil, por se tratar de legislação específica:

Agora, com o novo Código Civil, foram mantidas essas duas espécies de adoção, ou seja, a adoção de menores de 18 anos e a de maiores de 18 anos, ambas regidas pelo novo Código Civil, sendo que, no caso da adoção de menores de 18 anos de idade, aplicam-se também, e prioritariamente, as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser ele lei especial e principiológica, no que se refere à proteção dos interesses de crianças e adolescentes. Assim, as regras do novo Código Civil somente são aplicáveis à adoção de crianças e adolescentes se não forem incompatíveis com os princípios orientadores do Estatuto. Sendo incompatíveis com os princípios adotados pela referida lei especial, ou seja, com a proteção integral, que tem como fundamento o reconhecimento de direitos especiais e específicos a todas as crianças e adolescentes, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, não serão aplicáveis as regras do novo Código Civil.²³¹

²³⁰ Ibid., p. 185.

²³¹ GUIMARÃES, op. cit., p. 33.

No mesmo sentido, José de Farias Tavares enfatiza a necessidade de serem priorizadas as regras sobre adoção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, como legislação garantidora do princípio da proteção integral:

Deverão, segundo os princípios hermenêuticos, sempre ser observadas, como preferenciais, as regras estatutárias regulamentadoras do superior princípio constitucional da proteção integral à infância e à adolescência, em harmonia com a norma-guia – artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – e correlativo artigo 6º do Estatuto aludido.²³²

Seguindo os ensinamentos de José Tavares, eis o conceito de adoção por ele estabelecido:

Adoção de criança ou adolescente é ato judicial complexo, processado no Juizado da Infância e Juventude, segundo as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente e normas gerais da lei civil, que transforma, por ficção jurídica, sob total discricção, um estranho em filho do adotante, para todos os fins de direito e para sempre.²³³

O conceito de adoção, conforme afirma Giovane Guimarães, já se encontrava estabelecido no *Corpus Júrís Civilis*, nos seguintes termos: *legitimuns actus, naturam immitans, quo líberos nobis quaerimus*, significando um artifício, como um ato que cria uma filiação fictícia, como uma imitação da relação de filiação e paternidade.²³⁴

Vários autores definem a adoção a partir do sentido acima especificado. Para Clóvis Beviláqua “adoção é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.²³⁵ Sílvio Rodrigues afirma que “adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.²³⁶

De forma mais completa, tem-se ainda a definição de Orlando Gomes, para quem a adoção é “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de uma ficção legal, que permite a constituição,

²³² TAVARES, op. cit., p. 149.

²³³ Idem.

²³⁴ GUIMARÃES, op. cit., p. 32.

²³⁵ Apud LIBERATI, op. cit., p. 39.

²³⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 333.

entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta.”²³⁷ E também a definição de Arnaldo Wald, estabelecendo que “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistia naturalmente.”²³⁸

De fato, não há dúvida de que a adoção cria uma nova relação de paternidade que se forma entre adotantes e adotado, fundada em laços socioafetivos e não biológicos. O vínculo constituído pela adoção é irreversível, desfazendo-se qualquer laço familiar do adotado com sua família de origem.

No que diz respeito aos filhos adotivos, estes são acolhidos pela família substituta sem qualquer distinção em relação aos filhos biológicos. A adoção não tem caráter apenas patrimonial, mas principalmente afetivo. Através dela um novo membro da família é acolhido a partir do amor, afeto, respeito e proteção que são necessários ao desenvolvimento sadio do ser humano:

Com a nova sistemática constitucional, houve mudança mais do que significativa com referência à hipótese de colocação dos filhos no seio da família. No sistema anterior à Constituição Federal de 1988, os filhos pertenciam às famílias, sem que tivessem qualquer direito, pois, na hierarquia familiar, ficavam em plano inferior. Na nova sistemática, com a consagração do Princípio da Igualdade trazido para a família, combinado com o Princípio Fundamental da Dignidade Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a família se torna instituição democrática, deixando de ser encarada sob o prisma patrimonial e passando a receber enfoque social, o que se denomina despatrimonialização da família. Isto faz com que os filhos passem a ser tratados como membros participativos da família, tornando-se titulares de direitos. [...]

[...] o filho adotivo passa ser tratado sem nenhuma distinção do filho biológico, pois o regime atual faz com que não haja mais nenhuma “sanção” a ser aplicada àquele filho que não se origina da procriação dentro do casamento (art. 227, § 6º, CF). O teor do texto constitucional é repetido pelo art. 41, *caput*, do ECA e pelo art. 1.626, *caput*, do CC.

O Princípio da Dignidade Humana há que ser o norte para as relações de parentesco, qualquer que seja sua origem. [...]²³⁹

²³⁷ GOMES, op. cit., p. 381.

²³⁸ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 12. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 164.

²³⁹ BORDALLO, op. cit., p. 188.

Como forma de paternidade socioafetiva, a adoção representa verdadeira garantia do direito à convivência familiar. Trata-se do acolhimento de uma criança anteriormente privada do direito de se desenvolver no seio de uma família, oferecendo-lhe uma nova oportunidade de ser amada e respeitada. Por causa disso, as adoções devem ser cada vez mais incentivadas, permitindo que crianças e adolescentes abrigados conheçam o aconchego de um lar.

Para que as adoções possam acontecer de maneira mais ágil e cumprir a garantia constitucional referente à convivência familiar, é preciso que se tenha bem claro o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a regulamentação do instituto em tela.

No parágrafo único do artigo 39 o legislador deixa claro o caráter personalíssimo, indelegável e intransferível da adoção, na medida em que proíbe que ela seja efetivada por procuração:

A importância da adoção é tanta para as pessoas envolvidas, por tratar-se, acima de tudo, de um ato de amor, que deve ser demonstrado para o Poder Público, a fim de obter sua chancela, sendo imprescindível que os adotantes se façam presentes ao ato. É preciso que o Estado se convença da presença do sentimento justificativo de tão importante passo, a assunção de um filho. [...] É ato personalíssimo, não podendo o adotante se fazer representar por quem quer que seja, nem mesmo pelo outro adotante.²⁴⁰

A adoção depende do consentimento dos pais ou do responsável legal (tutor, curador ou guardião) do adotando. O consentimento será desnecessário quando os pais forem desconhecidos ou já tenham sido destituídos do poder familiar. Quando não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, será necessário instalar-se o contraditório, criando oportunidade para que os genitores ou responsáveis legais se manifestem no processo e apresentem sua defesa.

²⁴⁰ Ibid., p. 189.

Se o adotando for maior de doze anos será necessário seu consentimento. O direito do infante de ser ouvido em questões relativas à sua pessoa encontra-se expresso na legislação internacional, conforme consta do artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Como sujeitos de direitos, crianças e adolescentes devem participar das decisões que afetam seu futuro:

Art. 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Além dos requisitos procedimentais em relação à adoção, tais como requisitos de idade (art. 40) e legitimidade para adotar (art. 42), o ECA estabelece, em consonância com a Constituição de 1988, a condição de filho ao adotado, com todos os direitos e deveres inerentes a esta condição (art. 41). Os vínculos com os pais e parentes biológicos são extintos, permanecendo apenas para efeito dos impedimentos matrimoniais. O Estatuto garante também, de forma expressa, que o princípio do melhor interesse da criança seja sempre aplicado, determinando que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando (art. 43).

O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil com o nome dos adotantes, cancelando-se o registro de origem (art. 47). A adoção caracteriza-se por ser irrevogável (art. 48), de forma que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (art. 49).

O Estatuto estabelece, ainda, que a autoridade judicial deverá manter um cadastro com o registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção (ECA, art. 50). O dispositivo legal objetiva

facilitar e agilizar o processo de adoção de crianças e adolescentes. Contudo, não tem logrado o êxito esperado.

Primeiramente, é necessário que as instituições de abrigo enviem informações freqüentes à Vara da Infância e Juventude sobre as crianças e adolescentes abrigados e a situação familiar de cada um deles. Nem sempre isso acontece na prática devido à ausência de integração entre os diversos órgãos que atuam nesta área. Em muitos municípios do país sequer existem abrigos para acolher crianças e adolescentes em risco social; em outros, embora o abrigo exista, não possui a estrutura necessária para cumprir a sua função de reintegração do abrigado na família de origem ou a colocação em família substituta.

Outra dificuldade encontrada diz respeito à ausência de critério para que as crianças e os adolescentes sejam incluídos no cadastro. Quando os pais são falecidos ou mesmo desconhecidos, não há problema quanto ao encaminhamento para adoção. No entanto, existem situações em que a família natural está sendo acompanhada por equipe técnica habilitada, com o objetivo de promover a reinserção familiar. Nesses casos a questão é saber até quando tentar a reinserção.

O artigo 1.624 do Código Civil fixa o prazo de um ano para que a criança permaneça institucionalizada. Contudo, um ano na vida de crianças e adolescentes é tempo suficiente para que eles percam a oportunidade de serem acolhidos por uma nova família. A solução, para Galdino Bordallo, é aplicar o princípio da razoabilidade e do melhor interesse da criança e do adolescente em cada caso concreto:

Devemos trabalhar com o conceito de razoabilidade em face de cada caso concreto para chegarmos à conclusão de estar, ou não, o menor abrigado em condição de ser inserido no cadastro de adoção. Exemplificando, a criança/adolescente que recebe visitas esporádicas de seu pai ou parente e este, após instado a buscar meios para poder ter o filho novamente sob sua guarda, nada faz, mostrando que prefere que a medida de abrigo se mantenha, está em condições de ser adotada. Assim, todos os que atuam nas Varas da Infância e Juventude devem, deparando-se com situações deste porte, agir com bom senso, sempre visando ao melhor interesse da criança e do adolescente. A pior coisa que pode acontecer para uma

criança/adolescente é encontrar um profissional que fica com pena da situação apresentada pelo genitor ou parente e fica tentando manter um vínculo que, de fato, não existe. Ao agir desta forma o profissional está desrespeitando o Princípio do Melhor Interesse.²⁴¹

No entanto, é importante não perder de vista a obrigação do município na implantação de políticas públicas suficientes para garantir que a reintegração familiar será priorizada antes de encaminhar a criança ou o adolescente para a adoção:

[...] importa enfatizar o caráter excepcional da adoção, que não pode ser tratada como alternativa à ausência de políticas sociais. É preciso lembrar que, por trás de uma criança abandonada ou abrigada em alguma instituição, existe uma família também abandonada a demandar políticas públicas de combate à pobreza, além de decisões econômicas com foco na geração de emprego e renda.²⁴²

Uma das alternativas encontradas para que o cadastro seja utilizado de maneira eficiente, contribuindo para a garantia do direito à convivência familiar, foi a instituição, em 29 de abril de 2008, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, do Cadastro Nacional de Adoção – CNA. O cadastro tem o objetivo de reunir, em todo o país, dados sobre as crianças e os adolescentes que se encontram em condições de serem adotados e sobre as famílias que têm interesse na adoção. A centralização e o cruzamento de dados ampliam as possibilidades de adoções. Além disso, o cadastro nacional permite que a família proceda à habilitação na cidade em que reside, com a perspectiva de acolher uma criança em qualquer parte do país.

O cadastro nacional tem ainda a vantagem de possibilitar, a partir da coleta de dados em nível nacional, a elaboração de um quadro sobre a realidade da adoção no país. O conhecimento da realidade facilita a implementação de políticas públicas capazes de suprir as dificuldades e os entraves ainda existentes para que crianças e adolescentes sejam encaminhados a um lar substituto.

²⁴¹ Ibid., p. 208.

²⁴² SANTOS, Lucinete S. Por uma nova cultura de adoção. In: FERREIRA, op. cit., p. 24.

Outra questão que merece destaque é a adoção internacional. Trata-se de modalidade excepcional de adoção, pois devem ser privilegiadas as origens e a cultura do adotando, mantendo-o em seu país. No entanto, a adoção internacional tem sido uma opção valiosa para as crianças que já ultrapassaram a faixa etária em que há maior procura pelos adotantes nacionais, bem assim, para os grupos de irmãos.

A habilitação dos pretendentes à adoção internacional é realizada pela autoridade competente, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA, responsável pela indicação da criança e do adolescente, considerando-se as características e necessidades destes e o perfil dos pretendentes. A indicação de uma criança para adoção internacional pressupõe prévia decretação de destituição do poder familiar. A avaliação do estágio de convivência é mais rigorosa que na adoção nacional, com o objetivo de garantir a adaptação do adotado à família substituta e impedir que a adoção não se torne um novo abandono na vida daquela criança.

A adoção internacional é hoje disciplinada pela Convenção de Haia, com o intuito de solucionar alguns abusos decorrentes deste tipo de adoção, diminuindo os preconceitos existentes e possibilitando maior segurança para as crianças e os adolescentes levados para outros países:

Para tentar resolver esses problemas, estabeleceu-se um processo de debate e negociação internacional, envolvendo 70 países, cinco organizações intergovernamentais e 12 ONGS (Organizações Não Governamentais). Desse processo nasceu, em 28 de maio de 1993, a Convenção de Haia, com o objetivo de estabelecer um sistema de cooperação entre os países receptores e os países de origem das crianças, de modo a minimizar os abusos, assegurar que os interesses das crianças prevaleçam no processo de adoção e garantir o reconhecimento das adoções efetivadas. No Brasil, após tramitação no Congresso e ratificação do Presidente da República, o texto da Convenção de Haia entrou em vigor em 1999.²⁴³

²⁴³ FERREIRA, op. cit., p. 83.

Enfim, todos os requisitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente visam garantir a plenitude da adoção, impedindo qualquer tipo de discriminação em relação ao novo vínculo familiar que irá se formar.

No entanto, é preciso superar os obstáculos para que a adoção cumpra a função de garantir o direito à convivência familiar, dentre eles a pouca integração entre os diversos órgãos que atuam no procedimento. O longo tempo de abrigamento de crianças e adolescentes e a ausência de informações sobre a possibilidade de retorno ou não às famílias biológicas são causas que impedem a realização de um número maior de adoções.

O aperfeiçoamento do processo de institucionalização de crianças e adolescentes é fundamental para que o direito à convivência familiar seja concretizado através da adoção, alcançando o grande número de crianças e adolescentes que atualmente se encontra em instituições de abrigo espalhadas por todo o país.

3.4 A garantia da convivência familiar na institucionalização de crianças e adolescentes

O abandono de crianças e adolescentes deixados à própria sorte sempre existiu na história da humanidade. O que mudou ao longo dos anos foi o olhar da sociedade sobre esta prática, bem como os motivos, as conseqüências e a forma de lidar com a situação, de acordo com a época e o espaço onde ocorriam.

No Brasil, o abandono de crianças e seu afastamento do convívio familiar foi introduzido pelo colonizador português e infelizmente continua sua existência até os dias de hoje.

Desde o surgimento das Rodas dos Expostos, instituições mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia para acolher crianças abandonadas, a política assistencialista adotada no país privilegiou a institucionalização de crianças e adolescentes. O período republicano foi marcado pela criação de grandes orfanatos e creches. Em 1941, foi adotada a política fundada no Sistema de Assistência aos Menores (SAM), substituída pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor em 1964. Ambas mantiveram a repressão e o confinamento de crianças e adolescentes em grandes instituições. Nem mesmo a promulgação do Código de Menores de 1979 modificou esta situação, ficando a decisão a cargo do Juiz de Menores. Em todas as fases, a institucionalização de crianças e adolescentes não tinha o intuito de acolher seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento, mas apenas evitar que se tornassem uma futura ameaça para a sociedade.

Somente com a garantia da doutrina da proteção integral, inaugurada a partir da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é que foi estabelecida uma política social de proteção à criança e ao adolescente.

O direito à convivência familiar ganhou, pela primeira vez, *status* de direito fundamental da criança e do adolescente, passando a ser estruturado a partir de instrumentos que buscam a preservação dos laços familiares e garantindo a medida de abrigo apenas em casos excepcionais e de maneira provisória.

Embora despercebida e mesmo ignorada pela sociedade, essa importante inovação jurídico-constitucional procura romper, em definitivo, com a secular prática de institucionalização de crianças e adolescentes em abrigos, orfanatos e similares, cujos

efeitos prejudiciais à criança e ao adolescente vão de encontro a todos os princípios garantidos no ordenamento jurídico.

Françoise Dolto, em obra elaborada sobre seu trabalho de psicanálise em instituições francesas de assistência social pública à infância, escreve sobre os prejuízos da institucionalização:

Nada é pior para uma criança cuja mãe não tem condições de criá-la do que ser confiada a uma instituição de cuidados mercenários múltiplos e sucessivos, quando é de se esperar que a mãe ou o pai só lhe façam raras visitas.

Um ser humano necessita, pelo menos até os trinta meses, da segurança de um casal cuidadeiro responsável por ele, como se dele fosse filho, numa atmosfera contínua de cumplicidade recíproca e de iniciação à vida social de sua roda.²⁴⁴

De acordo com as diretrizes legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre o acolhimento infanto-juvenil, os abrigos são instituições que recebem crianças e adolescentes vítimas de violação de direitos por parte dos pais ou responsáveis, abandonadas ou que os genitores sejam falecidos ou desconhecidos. Em qualquer caso, deve-se antes privilegiar a existência de parentes que tenham condições e interesse em assumir a guarda da criança ou do adolescente. Não sendo possível, a medida de abrigo faz-se necessária para acolher o infante.

O abrigamento, outrora considerado a solução para todos os problemas envolvendo crianças e adolescentes, foi expressamente reconhecido como um mal que, caso não possa ser evitado (ECA, art. 100), deve ser aplicado pelo menor período de tempo possível (ECA, art. 101, parágrafo único).

Antes de se proceder ao afastamento da criança ou adolescente de seus lares biológicos, devem ser priorizadas as demais medidas protetivas previstas no Estatuto, bem como os programas de apoio sócio-familiar. Somente diante da existência de risco

²⁴⁴ DOLTO, Françoise. *Destinos de crianças: adoção, famílias de acolhimento, trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 164.

iminente à integridade física e mental da criança ou da constatação, por profissionais habilitados, de que o afastamento é inevitável, é que se justifica a institucionalização.

No entanto, as entidades que atendem crianças e adolescentes na modalidade de abrigo devem atentar para o disposto no ECA e na Constituição de 1988, oferecendo condições dignas de acolhimento às pessoas abrigadas, tanto no que diz respeito à estrutura física, quanto em relação ao atendimento psicológico.

No que diz respeito às diretrizes legais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a primeira determinação é quanto à necessidade de inscrição da entidade de abrigo no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A principal função do conselho é fiscalizar as entidades, garantindo: oferecimento de instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; plano de trabalho compatível com os princípios do ECA; a constituição regular da entidade; a existência de pessoas idôneas em seus quadros (ECA, arts. 90 e 91).

Em seguida, dispõe o artigo 92 sobre os princípios que devem nortear as instituições de abrigo:

Art. 92 - As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares;
 - II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
 - III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
 - IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
 - V - não-desmembramento de grupos de irmãos;
 - VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
 - VII - participação na vida da comunidade local;
 - VIII - preparação gradativa para o desligamento;
 - IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo,
- Parágrafo Único - O dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

De acordo com Wilson Donizeti Liberati, “os princípios que deverão nortear as entidades de atendimento, sob regime de abrigo, são fundamentais a todo o processo de tratamento social com crianças e adolescentes.”²⁴⁵

Mais que isso, o estabelecimento de princípios a serem adotados obrigatoriamente pelas instituições de abrigo demonstra a mudança de paradigma em relação às práticas anteriormente utilizadas nas instituições que acolhiam crianças e adolescentes em situação irregular, onde não havia uma preocupação específica com a garantia de direitos:

Entendeu o legislador que o detalhamento de princípios fundamentais exigíveis das entidades que desenvolvem programas de abrigo é fundamental para a mudança das práticas rotineiras no Brasil em relação a crianças abrigadas.²⁴⁶

A aplicação dos princípios previstos no artigo 92 “viabiliza, no mundo fático do Direito, os direitos elencados na norma constitucional do art. 227.”²⁴⁷

Especificamente em relação aos Incisos I e II do artigo 92, verifica-se a preocupação do legislador com a garantia da convivência familiar. De acordo com o Inciso I, deve ser priorizada a preservação dos vínculos familiares, de forma que a permanência da criança ou adolescente no abrigo seja pelo menor tempo possível. Enquanto isso, à família de origem deve ser oferecido, através de políticas públicas, o tratamento necessário para que possa receber seus filhos de volta. Caso não seja possível, parte-se para a colocação em família substituta, nos termos do Inciso II. A instituição de abrigo, juntamente com outros setores do poder público, é responsável pela execução das medidas, devendo estar devidamente preparada para este tipo de atendimento através de profissionais habilitados:

²⁴⁵ LIBERATI, op. cit., p. 76.

²⁴⁶ SÊDA, Edson. Art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 287.

²⁴⁷ Idem.

[...] de agora em diante, uma criança ou adolescente nunca mais pode ficar “esquecido” numa instituição, ainda que seja a melhor que se conheça. Nunca mais uma instituição pode ficar esperando que outros façam este trabalho. O ECA coloca nela uma responsabilidade direta, um dever explícito e por isso uma autonomia de ação para favorecer a volta e a manutenção da criança ou adolescente na família de origem. Esgotadas inutilmente todas as possibilidades neste sentido, se a família for mesmo prejudicial e praticamente irrecuperável compete ao juiz, alertado pela instituição, avaliar o caso e, se for oportuno, tirar o pátrio poder e liberar, assim, a criança para que possa ser acolhida, como guarda ou adoção, numa outra família. O Estatuto entende que o direito a uma família é fundamental, pois só a presença de um pai e de uma mãe que vivam com a criança um relacionamento privilegiado e intenso garante a ela a possibilidade de viver aqueles mecanismos psicológicos e emocionais que provocam uma correta estruturação da personalidade. A experiência mostra quanto isso seja absolutamente verdadeiro e quantos danos e dificuldades inúteis e trágicos foram provocados em crianças e adolescentes por instituições que, ainda que bem-intencionadas, acabam oferecendo condições artificiais de vida, desestruturantes e despersonalizantes.²⁴⁸

No que diz respeito à responsabilidade dos dirigentes das entidades de abrigo, a lei equiparou-os a guardiães para todos os efeitos de direito, o que ocorre de maneira automática, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 92 do ECA. Dessa forma, o dirigente é responsável pelo pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes abrigados, garantindo-lhes assistência material e moral. Além dos deveres inerentes à guarda (ECA, art. 33), o dirigente é também responsável pela garantia de todos os princípios previstos no artigo 92 do ECA, devendo atuar em total integração com o Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar.

Seguindo o disposto no Estatuto, o § 1º do artigo 94 prevê algumas obrigações referentes às entidades de internação, aplicáveis também aos abrigos: a) realização de estudos pessoal e social das crianças e adolescentes acolhidos, encaminhando-os à autoridade judiciária para reavaliação dos casos em que haja modificação da situação anterior, sugerindo as medidas necessárias (inclusive desligamento, se for o caso); b) comunicação à autoridade judiciária, periodicamente, dos casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares; c) manutenção de arquivo

²⁴⁸ PIAZZA, Clodoveo. Art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY (Coord.), 2000, op. cit., p. 289.

de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento de cada abrigado, endereços dos genitores ou familiares, indicações de visitas e demais dados que possibilitem a individualização do atendimento.

Ainda com referência às entidades de abrigo, o parágrafo único do artigo 101 do ECA reforça a preocupação com a garantia da convivência familiar, dispondo sobre o caráter provisório e excepcional da medida:

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

(...)

VII - abrigo em entidade;

(...)

Parágrafo Único - O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

O presente artigo representa o ponto crucial para que o acolhimento institucional seja efetivado com respeito aos princípios que norteiam a infância e juventude, sendo também o grande desafio das instituições de abrigo.

Sobre a provisoriedade e a excepcionalidade do acolhimento institucional assim se manifesta Wilson Donizeti Liberati:

A aplicação do regime de abrigo é provisória e excepcional, porque não deixa de ser uma forma de institucionalização, que, com seus inconvenientes, não é recomendável para a formação da personalidade de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.

Na realidade, o abrigo, como medida provisória, tem a finalidade de preparar a criança e o jovem para serem reintegrados em sua própria família e, excepcionalmente, em família substituta.

Devem os técnicos sociais apurar a real situação da criança e do adolescente, analisar sua personalidade e a dos futuros guardiães, para definir sua permanência ou não naquelas famílias substitutas.²⁴⁹

²⁴⁹ LIBERATI, op. cit., p. 86-87.

O caráter provisório e excepcional da medida de abrigo está em consonância com a doutrina da proteção integral adotada pela Constituição de 1988 e pelo ECA, e também de acordo com todos os princípios que orientam o direito infanto-juvenil. A partir do princípio da municipalização, cabe à autoridade pública local oferecer programas de atendimento às famílias, com o intuito de prevenir a desestruturação familiar e tratar os casos de quebra do vínculo familiar. Não sendo possível a preservação dos vínculos com a família natural, e tendo como fundamento o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estes devem ser encaminhados para instituições de abrigo. O acolhimento, contudo, deverá ser o mais breve possível levando-se em conta o princípio da prioridade absoluta no atendimento da infância e juventude. Um dia que se perde no atendimento de uma criança é uma chance a menos de ser acolhida no seio de uma família.

Não obstante as determinações legais, a realidade demonstra que a situação das instituições de abrigo é outra bem diversa. Além da ausência destas entidades em alguns municípios, outras existem sem a estrutura necessária para garantir a provisoriedade e excepcionalidade no atendimento de crianças e adolescentes.

Algumas estatísticas levantadas pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária demonstram essa realidade:

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC do Ministério do Desenvolvimento Social realizado pelo IPEA/CONANDA mostrou que a institucionalização se mantém, ainda nos dias atuais, como caminho utilizado indiscriminadamente – e, muitas vezes, considerado o único possível – para a “proteção” da infância e da adolescência, demonstrando que o princípio da excepcionalidade da medida de abrigo, contemplado de maneira expressa pelo Art. 101, par. único, do ECA, não vem sendo respeitado.

De acordo com o referido estudo, existem cerca de vinte mil crianças e adolescentes atendidos nas 589 instituições de abrigos beneficiados com recursos do Governo Federal repassados por meio da Rede de Serviços de Ação Continuada (Rede SAC). Os dados levantados mostram características típicas de exclusão social, apontando que os abrigos no Brasil são o *locus* da pobreza e da desvalorização social. Ressalta-se ainda que o perfil de meninos e meninas encontrados nessas instituições em nada corresponde às

expectativas da sociedade para adoção, cuja preferência recai nos bebês da cor branca e do sexo feminino. Vivendo nos abrigos do País encontram-se, na maioria, meninos (58,5%), afrodescendentes (63%) e mais velhos, isto é, com idade entre 7 e 15 anos (61,3%).

[...]

O perfil institucional dos 589 abrigos identificado no *Levantamento Nacional* aponta que majoritariamente essas instituições são não-governamentais, orientadas por valores religiosos, dirigidas por voluntários, e, fundamentalmente, dependentes de recursos próprios e privados para o seu funcionamento.

Ao analisar com base nos princípios do ECA os aspectos do atendimento realizado pelos abrigos quanto à convivência familiar, o *Levantamento Nacional* observou que, em relação às ações de incentivo à convivência das crianças e dos adolescentes com suas famílias de origem, a maioria dos programas realiza visitas das crianças e adolescentes aos seus lares, mas a minoria permite visitas livres dos familiares aos abrigos. Somente 31,2% realizavam as duas ações conjuntamente. Quanto às ações de não desmembramento de grupos de irmãos, a maioria dos programas priorizava a manutenção ou a reconstituição de grupos de irmãos, adotava o modelo de “agrupamento vertical”, possibilitando o acolhimento de irmãos em diferentes idades e recebia tanto meninos quanto meninas. Contudo, somente 27,8% do total das instituições que desenvolviam programas de abrigo atendiam todas as três ações.²⁵⁰

Complementando a constatação de que os abrigos não vêm cumprindo o seu papel na garantia do direito fundamental à convivência familiar, o 1.º guia de adoção de crianças e adolescentes do Brasil aponta as principais dificuldades enfrentadas na atualidade:

1. Muitos abrigos encontram-se pouco preparados para lidar com a recepção, permanência e desvinculação da criança, seja para o retorno à família natural, seja para a colocação em famílias substitutas, constituindo-se não como lugar de acolhida provisória, mas definitiva.
2. A desproporcional distribuição dos abrigos nas diversas regiões do País faz com que as crianças sejam mandadas para lugares distantes da residência de suas famílias, que terminam por esquecê-las nas instituições.
3. A insuficiente comunicação e articulação entre os abrigos e as Varas da Infância e da Juventude tem dificultado a tomada de medidas necessárias. Há crianças institucionalizadas, abandonadas pelas famílias, que não têm a situação jurídica regularizada, ficando impedidas de serem colocadas em famílias substitutas. São os chamados “casos parados”. Muitas vezes, também, crianças e adolescentes são desvinculados abruptamente dos abrigos, fazendo com que todos vivam este momento de maneira muito dramática.

²⁵⁰ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília/DF: Conanda, 2006, p. 57 e 61.

4. Ainda encontramos abrigos marcadamente caracterizados como instituição total – isolamento e manutenção intramuros de todos os serviços necessários à criança e ao adolescente.²⁵¹

Enquanto não houver uma integração entre os diversos órgãos que atuam na infância e juventude, especialmente as instituições de abrigo e as Varas da Infância e Juventude, não será possível proporcionar à criança e ao adolescente um tratamento adequado que permita a preservação dos vínculos familiares, ou, não sendo possível, o encaminhamento mais breve possível para um lar substituto.

Nesse sentido, o próprio guia de adoção, além de elencar as dificuldades acima citadas, aponta algumas soluções para tais problemas: a) o combate às causas de abrigamento através de programas de apoio às famílias vulnerabilizadas; b) a implantação de abrigos cada vez menores, com o objetivo de proporcionar um atendimento mais individualizado à criança e ao adolescente, integrando-os à comunidade; c) melhor acompanhamento das instituições de abrigo; d) implantação de programas específicos de reintegração familiar, incluindo outros parentes e não apenas os pais; e) agilização dos processos judiciais para colocação em família substituta; f) buscar alternativas que preservem o acolhimento no seio de uma família provisória de crianças e adolescentes temporariamente afastados da família natural; g) desenvolver programas que promovam a integração da comunidade com os abrigos.

Por sua vez, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, na tentativa de oferecer soluções aos problemas detectados nas instituições de abrigo, apresenta algumas alternativas para garantir a aplicação dos princípios da provisoriedade e excepcionalidade aos programas de acolhimento institucional. Dispõe o referido plano que:

²⁵¹ FERREIRA, op. cit., p. 119/120.

Toda medida de proteção que indique o afastamento da criança e do adolescente de seu contexto familiar, podendo ocasionar suspensão temporária ou ruptura dos vínculos atuais, deve ser uma medida rara, excepcional. Apenas em casos onde a situação de risco e de desproteção afeta a integridade do desenvolvimento da criança e do adolescente é que se deve pensar no seu afastamento da família de origem.

A decisão sobre a separação é de grande responsabilidade e deve estar baseada em uma recomendação técnica, a partir de um estudo diagnóstico, caso a caso, realizado por equipe interdisciplinar, com a devida fundamentação teórica – desenvolvimento infantil, etapas do ciclo de vida individual e familiar, teoria dos vínculos e estratégias de sobrevivência de famílias em situação de extrema vulnerabilidade. A realização deste estudo diagnóstico deve ser realizada em estreita articulação com a Justiça da Infância e da Juventude e o Ministério Público, de forma a subsidiar tal decisão.

A análise da situação evita danos ao desenvolvimento da criança e do adolescente causados por separações bruscas, longas e desnecessárias e deve considerar a qualidade das relações familiares e a atitude pró-ativa de seus membros para a reconstrução das mesmas. Quando necessário o afastamento, todos os esforços devem ser realizados no sentido de reintegrar a criança ou adolescente ao convívio da família de origem, garantindo, assim, a provisoriedade de tal afastamento. A decisão pela destituição do poder familiar, só deve ocorrer após um investimento eficiente na busca de recursos na família de origem, nuclear ou extensa, com acompanhamento profissional sistemático e aprofundado de cada caso, que considere o tempo de afastamento, a idade da criança e do adolescente e a qualidade das relações.²⁵²

Com efeito, as soluções existem e podem ser implementadas. Contudo, é necessário maior empenho da família, da sociedade e do Estado na garantia da prioridade absoluta em prol da infância e juventude. O acolhimento de crianças e adolescentes que já sofreram diversas privações em suas vidas é um processo delicado, pois envolve seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento. O atendimento institucional deve ser realizado através de profissionais habilitados, privilegiando sempre o princípio da dignidade humana.

²⁵² BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília/DF: Conanda, 2006, p. 66/67.

É preciso impedir que frases como as transcritas a seguir sejam propagadas na sociedade:

Nenhum mora em casa. Nenhum mora na rua. Estão escondidos em orfanatos espalhados por todo o país. Ninguém os conhece porque não incomodam. Não fazem rebeliões, nem suplicam esmolas. São personagens invisíveis de uma história jamais contada.²⁵³

Uma instituição de abrigo, por melhor que seja, jamais irá substituir o aconchego de um lar.

²⁵³ Correio Braziliense, [s.n.], 2003.

CONCLUSÃO

A incorporação legislativa que garante direitos humanos a toda e qualquer pessoa é de fato recente. Demoramos quase dois mil anos para presenciarmos o reconhecimento legal da igualdade entre os seres humanos, independente de raça, cor, idade, sexo, ideologia. Demoramos quase dois mil anos para reconhecermos formalmente que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, e que o crescimento adequado e sadio desses seres humanos é essencial para o desenvolvimento da humanidade. O desafio atual é tornar efetivas as garantias legais conquistadas ao longo da história.

Para que todo cidadão do mundo fosse reconhecido como ser humano foi preciso o desencadear de duas grandes tragédias – a primeira e a segunda guerra mundial – para que a humanidade atentasse sobre o valor do ser humano; para que desse conta da necessidade de considerar que alguns direitos são inerentes à condição de ser humano e precisam ser preservados, sob pena do extermínio mútuo entre os povos.

O efetivo reconhecimento desses direitos só foi possível através de organismos internacionais instituídos com o objetivo de manter a paz mundial. Dentre eles a Organização das Nações Unidas, através da qual foram elaborados vários documentos tornando imprescindível que todos os países passassem a enxergar seus cidadãos como seres humanos. Merece destaque a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

De fato, o esforço humanitário que vem sendo exercido em nível mundial tem sido primordial para a proteção de populações que vivem em situação de

vulnerabilidade. No entanto, o desafio atual não é mais o reconhecimento da existência de direitos inerentes à condição de ser humano, mas principalmente a sua concretização.

Ainda em nível internacional, o princípio da dignidade da pessoa humana influenciou o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, destacando-se que o referido princípio é ainda mais abrangente quando se trata de seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento, razão pela qual necessitam de cuidados especiais. Tais diretrizes encontram-se estabelecidas de maneira expressa na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, documentos internacionais instituídos pela ONU.

No Brasil, foi a influência exercida pelos referidos documentos internacionais que modificou o paradigma até então adotado no país em relação à infância e juventude. O que existia anteriormente era uma legislação de caráter assistencialista, mais preocupada em proteger a sociedade da presença de “menores abandonados e delinqüentes” do que proporcionar um desenvolvimento sadio e adequado aos mesmos. Somente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente é que se tornou possível garantir um tratamento adequado à infância e juventude.

A adoção do princípio da proteção integral foi fundamental para garantir o reconhecimento à infância e juventude de todos os direitos inerentes ao ser humano e outros decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A doutrina da proteção integral, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura-se a partir de princípios que norteiam o direito da infância e juventude de forma específica: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da prioridade absoluta e da municipalização. Além disso, o reconhecimento da proteção integral serviu de base para a garantia de direitos fundamentais específicos

à criança e ao adolescente, os quais se encontram expressos no artigo 227 da Constituição de 1988 e se referem à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

Especificamente em relação ao direito à convivência familiar, os vinte anos de promulgação da Constituição da República e os dezoito do ECA não foram suficientes para sua completa efetivação. O grande número de crianças e adolescentes vivendo nas ruas e em instituições de abrigo, sem qualquer perspectiva de serem acolhidos em um ambiente familiar, demonstra o quanto tem causado prejuízo a violação ao direito fundamental à convivência familiar.

A família, como base da sociedade, conforme estabelecido constitucionalmente, é o ambiente natural de crescimento do ser humano. Privar-lhe desse direito é quase que negar-lhe o próprio direito à vida, a qual só tem sentido no seio de uma família. É nele que o ser humano desenvolve sua personalidade e seu caráter, preparando-se para construir a sua própria história e contribuir para a melhoria da sociedade.

A afirmação de que o ambiente familiar é o local apropriado para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana representa o verdadeiro reconhecimento da sua função social. Por causa disso, o direito de família e o direito infanto-juvenil devem caminhar juntos, objetivando proporcionar à criança e ao adolescente o reconhecimento efetivo do direito fundamental à convivência familiar.

Para alcançar esse objetivo, o ECA estabelece uma série de instrumentos capazes de proporcionar uma vida digna à criança e ao adolescente. No capítulo referente à convivência familiar, traça as diretrizes relativas à família natural e à família substituta. Posteriormente, garante que, em casos excepcionais e de maneira provisória, crianças e

adolescentes serão encaminhados para instituições de abrigo até que seja possível a sua reintegração familiar ou a sua colocação em lar substituto.

Os princípios constitucionais e as diretrizes legais traçam um sistema de garantia de direitos, através do qual é possível que crianças e adolescentes tenham preservado o direito de se desenvolverem no seio de uma família.

No entanto, a institucionalização de crianças abandonadas à própria sorte é uma realidade no país desde o período colonial. Até os dias de hoje, pouco se evoluiu no que diz respeito ao tratamento dedicado ao problema da convivência familiar. Grandes instituições foram construídas sem que houvesse a preocupação com a necessidade natural de cada criança de ter um lar e se desenvolver em um ambiente familiar.

O reconhecimento constitucional do direito à convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente de fato configurou um avanço essencial. Contudo, a concretização desse direito ainda não alcançou o êxito necessário.

É imprescindível a implementação de políticas públicas de apoio às famílias vulnerabilizadas, de forma a garantir que os vínculos biológicos sejam priorizados. Não sendo possível, devem ser aplicadas as medidas de proteção referentes à colocação em família substituta ou acolhimento em abrigo. Esta última medida, contudo, deve ser adotada em caráter provisório e excepcional. As instituições de abrigo devem apresentar estrutura adequada para receber crianças e adolescentes, buscando, através de profissionais habilitados, a preservação dos vínculos biológicos ou o encaminhamento para família substituta, em prazo que não cause prejuízo aos infantes.

Nessa perspectiva, uma das iniciativas, para impedir a violação ao direito à convivência familiar da criança e do adolescente, foi a elaboração, através do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Plano Nacional de Proteção, Promoção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e

Comunitária. As estratégias, objetivos e diretrizes do plano estão voltados para a preservação dos vínculos familiares, principalmente através de políticas públicas de atendimento às famílias vulnerabilizadas. Somente se forem esgotadas todas as possibilidades para essas ações, deve-se utilizar o recurso de encaminhamento para família substituta, mediante procedimentos legais que garantam a defesa do superior interesse da criança e do adolescente.

Para a formulação do referido plano, constatou-se o quanto tem sido violado o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes por todo o país. Contudo, a sociedade do século XXI não pode mais conviver com violações de direitos tão básicos do ser humano. As diretrizes legais e os princípios que norteiam o seu reconhecimento encontram-se amplamente configurados no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe agora à família, à sociedade e ao Estado cumprirem os seus respectivos papéis para que crianças e adolescentes tenham o direito de crescer no seio de uma família.

Assim agindo, seremos não apenas testemunhas, mas verdadeiros atores da mudança de uma história que às vezes parece caminhar para uma escuridão sem fim de desumanidade, violência, injustiça; mas, quando olhada de perto, abre as portas para mostrar que ainda existem muitas pessoas de bem, que acreditam na proteção de crianças e adolescentes como atitude essencial para a construção de um mundo melhor para nós, nossos filhos e netos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez, Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2005.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O estatuto, o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude*. São Paulo: Malheiros, 1994.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006a.

_____. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006b.

_____. Evolução histórica do direito 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: Lúmen Juris, 2006c.

_____. Princípios orientadores do direito 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: Lúmen Juris, 2006d.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

AOKI, Luiz Paulo Santos. Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ARANTES, Geraldo Claret de. *Manual de prática jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, comentários, modelos e procedimentos*. 2. ed. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes, Diretoria de Apoio aos Municípios e Conselhos, 2006.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ASSIS, João Welligton de. *Direito romano e o código civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BECKER, Maria Josefina. Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de Frei João José Pedreira de Castro et al. 130. ed. São Paulo: Ave-Maria, 1999. p. 1305/1306.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. Barueri: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. CONANDA. *Uma década de história rumo ao terceiro milênio: Anais da III Conferência Nacional dos direitos da criança e do adolescente*. Brasília/DF, 2000

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano: manual*. 2 ed. Brasília/DF, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília/DF: Conanda, 2006.

CAHALI, Yussef Said. Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Pedro Caetano de. A família e o município. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte. Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos. In: CUNHA, Paulo Ferreira da (Org.). *Direitos humanos: teorias e práticas*. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/sedh/conanda>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção transnacional – um estudo sócio-jurídico e comparativo da legislação atual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro, de acordo com o novo código civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 12 ed. São Paulo: Ática, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITOS humanos no cotidiano: manual. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

DOLTO, Françoise. *Destinos de crianças: adoção, famílias de acolhimento, trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. 36 reimpressão. Nova Fronteira.

FERREIRA, Márcia Regina Porto; CARVALHO, Sônia Regina. *1.º guia de adoção de crianças e adolescentes do Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções*. São Paulo: Winners Editorial: Fundação Orsa, [s.d.].

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLORENTINO, José Roberto de Góes Manolo. Crianças escravas, crianças dos escravos. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro: introdução/abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GARCEZ, Sergio Matheus. *O novo direito da criança e do adolescente*. São Paulo: E. V., 1994.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KOICHIRO, Matsuura. *La UNESCO y la idea de humanidad*. Brasília: UNESCO, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Brasília: IBPS, 1991.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

MARCELINO, Cláudia Freitas. *O dever da família para com a criança e o adolescente*. (Graduação em Direito) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2001.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. A criança no direito humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MPMG JURÍDICO. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, out. 2007. Edição especial.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Orgs.). *O direito e a ética na sociedade contemporânea*. Campinas: Alínea, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 15 fev., 7 e 15 jul. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

PIAZZA, Clodoveo. Art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva.

PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZINI, Irma; FONSECA, Maria Teresa da. *Bibliografia sobre a história da criança no Brasil*. Marília: Unesp Marília Publicações, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

_____. Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979 e 1982, v. I.

SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DA BAHIA. Disponível em: <<http://www.santacasaba.org.br>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

SANTOS, Lucinete S. Por uma nova cultura de adoção. In: FERREIRA, Márcia Regina Porto; CARVALHO, Sônia Regina. *1.º guia de adoção de crianças e adolescentes do Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções*. São Paulo: Winners Editorial: Fundação Orsa, [s.d.].

SERRANO, Pablo Jiménez. CASEIRO NETO, Francisco. *Direito romano: fundamentos, teoria e avaliação dos conceitos do direito romano aplicados ao direito contemporâneo*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SCARANO, Julita. Criança esquecida das Minas Gerais. In: PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

SÊDA, Edson. Art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Coord.) et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

UNICEF. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 15 fev. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vs. 1 e 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 12. ed. São Paulo: RT, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)