

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

LEANDRO PEREIRA DO NASCIMENTO

A FAMÍLIA SUBSTITUTA NO BRASIL

RUBIATABA-GOIÁS

FOLHA DE APROVAÇÃO

LEANDRO PEREIRA DO NASCIMENTO

A FAMÍLIA SUBSTITUTA NO BRASIL

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Monalisa Salgado Bittar
Especialista em Direito Civil e Docência Universitária

1º Examinador: _____

Gerusa Silva de Oliveira
Me. Em Sociologia

2º Examinador: _____

Glaysen Antônio Gomes da Silva
Especialista em Direito Administrativo

Rubiataba, 2011.

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Primeiramente a Deus, por me dar forças para persistir em busca dos meus sonhos.

À minha família, pelo apoio, sobretudo, nos momentos difíceis.

À minha orientadora, professora Monalisa Salgado Bittar, pela paciência no decorrer da orientação.

Aos meus amigos, que direta e indiretamente colaboraram na construção deste trabalho.

DEDICATÓRIA

A Deus, Luz de todos os que Nele crêem e confiam.

Aos meus antepassados, de quem herdei a Fé, os Princípios, o Nome, a Vida.

À minha Família, amparo do tempo presente.

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

Victor Hugo

RESUMO: O presente estudo traz uma abordagem sobre a família substituta no Brasil, matéria de relevante significado uma vez que o direito ao convívio familiar se constitui num dos direitos fundamentais garantidos a todas as crianças e adolescentes conforme disposto no art. 227, da atual Constituição Federal Brasileira. Lembrando que os modelos de família substituta descritos no ordenamento jurídico brasileiro são: a guarda, a tutela, a curatela e a adoção. Sendo a adoção o modelo que mais se assemelha à família natural e foco maior desse estudo. Assim sendo, para a realização da pesquisa, utilizaram-se o método hipotético-dedutivo e a técnica bibliográfica.

Palavras-chave: família substituta, guarda, tutela, curatela, adoção.

ABSTRACT: The present study presents an approach to a foster family in Brazil, an area of significant meaning since the right to family constitutes one of the fundamental rights guaranteed to all children and adolescents as provided in art. 227, the current Federal Constitution. Recalling that the models of surrogate family described in the Brazilian legal system are: custody, guardianship, guardianship and adoption. Since adopting the model that most closely resembles the natural family and greater focus of this study. Thus, for the research, we used the hypothetical-deductive method and technical literature.

Keywords: Foster family, custody, guardianship, guardianship, adoption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. FAMÍLIA.....	15
1.1 Breves considerações sobre a evolução histórica da família.....	15
1.2 Análises de alguns conceitos de família.....	16
1.3 A família no ordenamento jurídico brasileiro.....	18
1.3.1 O tratamento constitucional dispensado às entidades familiares.....	19
1.3.2 A família no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	20
2. A FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	23
2.1 Breves considerações.....	23
2.2 A importância da família substituta para a sociedade atual.....	25
2.2.1 Abandono do menor.....	26
3. MODELOS DE COLOCAÇÃO NA FAMÍLIA SUBSTITUTA À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA LEI 12.010/2009.....	30
3.1 Guarda.....	31
3.1.1 Conceitos de guarda.....	32
3.1.2 Modelos de guarda.....	33
3.1.2.1 Guarda provisória.....	33
3.1.2.2 Guarda permanente.....	34
3.1.2.3 Guarda peculiar.....	34
3.2 Tutela.....	35
3.3 Curatela.....	38
3.4 Adoção.....	39
3.4.1 Conceito de adoção.....	39
4. A FAMÍLIA SUBSTITUTA QUE MAIS SE ASSEMELHA À FAMÍLIA NATURAL: A ADOÇÃO EM DEBATE.....	42
4.1 Tipos de adoção.....	42
4.1.1 A adoção unilateral.....	42
4.1.2 Adoção por familiares.....	43
4.1.3 Adoção póstuma.....	43
4.1.4 Adoção em conjunto.....	44

4.1.5 Adoção internacional.....	45
4.2 A adoção na legislação brasileira: em destaque o atual CC a CF/88, ECA e Lei 12.010/09.....	45
4.2.1 A adoção no atual Código Civil.....	45
4.2.2 A adoção no ECA.....	46
4.2.3 A adoção na Lei 12.010/2009.....	47
4.3 O adotante e o adotado: uma relação de amor.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

art. – artigo

§ – parágrafo

s.d. – sem

p. – página

nº – número

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A presente investigação aborda a temática família substituta no Brasil. Considerando família substituta como sendo, segundo Daher (1998, p. 2), “aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais da própria casa, uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, nela se desenvolva e seja”.

Nota-se, então, que, desse modo, a criança ou o adolescente tornar-se-á componente da família que o acolheu em seu teto, junto aos filhos biológicos e demais membros que ali residem, proporcionando-lhe afeição, amor e tudo de que ele precisa. Daher (1998, p. 2) ainda afirma que “em se tratando de adoção, passará a ter todos os direitos e deveres do filho de sangue. Até porque, tanto a guarda como, tutela e a curatela podem ser revogadas, no entanto a adoção é para sempre”.

Observa-se que o ato de oferecer uma família a uma criança desprovida desta, é uma ação de nobreza incomensurável; é manifestação de altruísmo, disposição de dividir e se ofertar, todavia há que se observar a legislação pertinente ao assunto, em especial a Lei 8.069/90 ou Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, e a Lei 12.010/2009 Adoção. Nesse sentido, bem assevera Aoki (2009, p. 8):

A colocação em lar substituto somente deve ser acolhida quando revestir-se de necessidade, sem perder de vista o contido no art. 23 do Estatuto, que repele a ideia de perda ou suspensão do pátrio poder quando o motivo único for a falta ou carência de recursos materiais da família de origem, que deve, então, ser incluída em programas oficiais de auxílio, buscando a manutenção da criança em seu habitat natural.

Verifica-se aqui, que acolher uma criança ou adolescente dentro de casa não é um ato a ser realizado sem observar se a família de origem desta está mesmo desprovida de condições para criá-la e educá-la, pois não se pode estimular à família a perda de sua legitimidade, ao contrário, é necessário que os diferentes segmentos da sociedade instiguem a reestruturação de uma família.

É fundamental, também, que o Estado a ampare, evidentemente que sem paternalismo, no sentido de que ela seja capaz de criar e educar seus filhos, sendo então viável à família substituta apenas em caso de extrema necessidade e, nem sempre essa, refere-se às condições materiais. É preciso observar, principalmente, as áreas emocionais e psíquicas da família de origem.

Ante ao exposto é que se propôs a pesquisa que ora se apresenta, mas, para a sua construção, antes se questionou: quais são as formas de famílias substitutas previstas no ordenamento jurídico brasileiro? Qual a forma de família substituta, existente, que mais se assemelha à família natural?

Além das indagações, conjecturou-se que no ordenamento jurídico brasileiro há diferentes modalidades de famílias substitutas e que estas são fundamentais no papel de proteção à criança e ao adolescente e que dentre elas há uma que se acredita ser a que mais se assemelha à família natural. Para responder tais questionamentos e confirmar ou refutar as hipóteses estabelecidas, buscou-se, em diferentes autores, as contribuições necessárias.

Desse modo, a metodologia utilizada na investigação foi a pesquisa bibliográfica, exploratória, de caráter qualitativo. Sendo que a pesquisa bibliográfica, na concepção de Marconi e Lakatos (2002, p. 71):

Abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que já foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritas por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.

Assim, para a concretização da pesquisa, utilizaram-se livros, revistas jurídicas e artigos publicados na internet, além da legislação pertinente ao assunto. Este material foi exposto de maneira organizada, obedecendo à estrutura e à lógica, objetivando obter o melhor dos pensamentos dos diferentes doutrinadores consultados.

Quanto ao método utilizado, foi o dedutivo, que, no entendimento de Martins e Lintz (1997, p.68), é o método que:

Parte do geral para o particular, iniciando com uma premissa básica, derivando postulados, princípios, normas e procedimentos, generalizando as conclusões por meio de uma teoria geral, já o método indutivo é aquele que parte da observação de fenômenos específicos, descobrindo relações existentes entre os fenômenos, testando hipóteses e generalizando as relações por meio de uma teoria parcial, limitada ao campo observado.

A pesquisa teve como objetivo geral compreender os modelos de família substituta na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos foram: fazer uma revisão da história e dos conceitos de família; discorrer sobre a importância da família substituta para sociedade atual; apresentar os modelos de famílias substitutas existentes, e analisar o modelo que mais se assemelha à família natural.

A investigação está composta de quatro capítulos, assim dispostos: o primeiro capítulo trata da historicidade e das bases conceituais do tema a família, em um contexto geral, além de trazer uma abordagem sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na atual Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais dispositivos pertinentes; já o segundo capítulo discorre sobre a importância da família substituta para sociedade atual, neste capítulo, viu-se a necessidade de abordar, também, o abandono do menor. No terceiro capítulo, foram apresentados e analisados os modelos de colocação na família substituta, exceto a adoção que foi apenas conceituada, à luz do ECA e da Lei 12.010/2009. No quarto e último capítulo, tratou-se da família substituta, existente, que mais se assemelha à família natural e abordou, de modo mais abrangente, a adoção.

Acredita-se que a presente pesquisa seja de grande relevância pelo fato de demonstrar as formas de família substituta no ordenamento jurídico brasileiro e de o legislador em minimizar o sofrimento de crianças e adolescentes que muitas vezes encontram-se desprovidos do alicerce maior do ser humano: a família estabelecida.

1. FAMÍLIA

O ser humano, no decorrer de sua vida quer na infância, quer adolescência, quer na mocidade e ainda mesmo na maturidade, necessita de cuidados especiais. Necessita de quem o crie, lhe ofereça educação, proteja-o, além de defender, guardar e zelar dos seus interesses e a fonte primordial desses recursos é a família.

1.1 Breves considerações sobre a evolução histórica da família

Desde as primeiras manifestações humanas até o período atual, diversos são os estudos correspondentes à família e à sua formação. Ao se observar a história da humanidade, nota-se que o instituto familiar é a primeira revelação humana concernente à organização social, pois, a partir do aparecimento do homem, a família existe, mesmo que de maneiras involuntária e natural, tendo como papéis básicos a perpetuação da espécie por meio da reprodução e da defesa de seus membros.

Corroborando o pensamento acima, Cunha (2009, p. 2) afirma que a “família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, a qual, historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se de um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio”. Farias (2007, p. 1) confirma a fala de Cunha quando diz que “não existe dúvida de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos”.

Ainda, de acordo com Commaille (1997, p. 25), “a família é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, que dão origem à sociedade conjugal, da qual derivam três diferentes vínculos: o conjugal, o de parentesco e o de afinidade”. Tal conceito, com certeza, teve preeminência na história, mas cabe ressaltar que, presentemente, o casamento, enquanto exclusivo instituto a dar ensejo e a convalidar a família, perdeu valor.

Analisando a fala dos autores já citados, pode perceber-se que, desde o surgimento da civilização, as pessoas ajuntavam-se procurando a composição de uma família, formando aglomerados humanos sob diferentes formas e intenções. Desse modo, como expõe Bittar (1989, p. 10), “é primordial verificar, que o homem tende a aproximar-se de seus semelhantes com o escopo de satisfazer suas necessidades próprias, patrimoniais ou pessoais, vinculando-se por meio de ideais, sentimentos e interesses mútuos”.

Assim, pode-se dizer que a instituição familiar é mais velha do que o Estado, até, quem sabe, do que a religião e, por conseguinte, antecedente ao Direito. Nesse contexto, assevera Oliveira (2003, p.23) que “a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade, por isso lhe dá origem, sendo considerada a célula máter de uma nação”.

Mediante o exposto, o que se pode observar é que a família vem, no decorrer dos tempos, modificando-se e recebendo influências extraordinárias em cada etapa de sua existência, todavia, o seu exato valor social continua inalterado, pois é a família, como já mencionado, a primeira declaração de sentimento e interesse entre as pessoas. Sobre as modificações sofridas, Centa e Elsen (1999, p. 16) afirmam que:

No século XIX, com a reforma social, o Estado invadiu a vida familiar, legislando sobre o casamento, regulamentando o processo de adoção, determinando os direitos dos filhos naturais, instituindo o divórcio e limitando o poder paterno. Vez que era ele quem garantia os direitos individuais e encorajava a união familiar e paterna.

Essas transformações, ocorridas há dois séculos, marcaram o surgimento de novas modalidades de família vivenciadas nas primeiras décadas do terceiro milênio.

1.2 Análises de alguns conceitos de família

Vários são os conceitos estabelecidos para família e há divergência nas concepções, até mesmo pelo fato das diferentes formas de família existentes na sociedade contemporânea.

Assim, passa-se agora a conceituar família na visão de diferentes autores, até se pode chegar ao que se entende como melhor conceito para a matéria.

Em um sentido mais restrito de acordo com Cury, Silva e Mendez (2000, p. 108), o termo família pode ser assim conceituado “sociedade matrimonial, da qual o chefe é o marido, sendo mulher e filhos associados dela. Neste sentido, então, família, compreende, simplesmente, os cônjuges e sua progênie. E se constitui, desde logo pelo casamento”.

Já Strieder (2010, p. 2) afirma: “entende-se normalmente por família, em nosso meio, um grupo de pessoas unido por laços afetivos, geralmente de parentesco, através do casamento monogâmico estável entre um homem e uma mulher, que mutuamente se apoiam, e cuidam do amadurecimento e socialização de suas proles”. Burgens e Rogers (*apud*¹ ELSSEN, 2000, p. 11) conceituam família dizendo ser esta “uma unidade de pessoas em interação, um sistema semi-aberto, com uma história natural composta por vários estágios, sendo que a cada um deles correspondem tarefas específicas por parte da família”. Já em um sentido bem mais amplo Diniz (2008, p. 9) diz ser família “aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade”.

Sgundo Venosa (2011, p. 5), “a família atual difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães. [...] os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício”.

Para Patiño (2008, p. 1), o termo família:

É utilizado, mesmo no campo jurídico, de maneiras diversas, abrangendo um número maior ou menor de pessoas, dependendo da acepção adotada. Algumas vezes, abrange apenas o casal e a prole, outras vezes abrange também os parentes em linha reta, os colaterais (tios, sobrinhos, tios-avós, sobrinhos-netos e irmãos) e os afins (sogros, noras e genros, padrastos, madrastas, enteados e cunhados).

Diante do exposto, observa-se a subjetividade do tema, depende de quem o define,

¹ *Apud* expressão latina que significa: citado por, conforme, segundo é utilizada quando se faz referência a uma fonte secundária. Disponível em: <<http://www.anhembri.br/html/metodologia/citacoes.htm>> Acesso em 7 de mai. 2011.

do contexto social, político e familiar nos quais ele está incluso. Assim, a partir das diversas concepções de família, entende-se ser a família um sistema inserido em múltiplos contextos e formado por pessoas que comungam anseios, sentimentos e valores constituindo vínculos de interesse, dependência recíproca e sintonia com especificidade e funcionamento próprios.

Mas, uma coisa é certa, podem ser vários os conceitos, porém há um ponto em comum a união dos membros de uma família, com ou sem laços consanguíneos, se dá a partir da camaradagem, do respeito recíproco, do afeto, da amizade, da permuta e do desenvolvimento em parceria.

1.3 A família no ordenamento jurídico brasileiro

Não se pode negar que, por diferentes fatores, não se deve admitir o estabelecimento de um modelo familiar análogo; sendo fundamental, compreender a família conforme as necessidades sociais de cada tempo. Nesse sentido, Rodrigues (2009, p. 1) assevera que:

Do evidente avanço tecnológico e científico que marca a sociedade atual, decorrem, naturalmente, alterações nas concepções jurídico-sociais vigentes no sistema. No passo desse avanço tecnológico, científico e cultural decorre, por certo, a eliminação de barreiras arquitetadas pelo sistema jurídico clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, de múltiplas facetas.

Assim sendo, é imprescindível delinear uma nova visão sobre a família não somente condizente com o momento atual, mas, do mesmo modo, coesa com os ideais de integração filosófica da vida humana. É preciso direcionar a ótica e ver com bons olhos as transformações ocorridas nesse segmento da sociedade e, assim, poder contribuir com a construção de uma sociedade mais justa, mais igualitária, sem os resquícios de tantos preconceitos.

1.3.1 O tratamento constitucional dispensado às entidades familiares

As cartas magnas brasileiras espelham as etapas históricas que o Brasil vivenciou, em relação à família, na passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de direito. Teixeira *et. al*². (s.d. p. 5) afirma que “as Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares”. O que se pode observar é que na, Constituição de 1891, há apenas um artigo que trata do assunto, assim mesmo de forma bem subjetiva, qual seja, o art. 72, § 4º, “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Mas, com a promulgação da Carta Magna de 1988, explica Amim (2007, p. 32):

Aconteceu radical transformação nas normas que disciplinavam as relações de família, alterando-se o papel atribuído às entidades familiares e o conceito de unidade familiar, ampliando-se este último para compreender, além do matrimônio, a união estável e a família monoparental. A Constituição Federal soube capturar as significativas transformações ocorridas na sociedade brasileira.

Nota-se que a atual Constituição ampliou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento, modificando de modo sedicioso a compreensão do direito de família, que até então se assentava necessariamente no matrimônio. Para sua configuração, deixou de ser ordenada a obrigação de existência de um par, o que, por conseguinte, diminui de sua finalidade a proliferação (DIAS, 2011).

No *caput*³ do artigo 226 da Constituição Federal, está, pois regulamentado o que já representava a realidade de centenas de famílias brasileiras, concebendo ser a família um fato natural, e o casamento uma solenidade, amoldando, assim, o direito às aspirações e necessidades da sociedade, passando a receber proteção estatal não apenas a família originária do casamento, mas também qualquer outra amostra afetiva, como, por exemplo, a união

² *Et. al.* expressão latina que significa "e outros". Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Et_alii> Acesso em 05 de abr. 2011.

³ *Caput* é o termo, geralmente usado nos textos legislativos, em referência ao enunciado do artigo. *Caput* vem do latim e significa "cabeça". Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Caput>> Acesso em 05 de abr. 2011.

estável e a família monoparental, formada na comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no facundo modelo da mãe solteira (DIAS, 2011).

Nesse sentido, Rodrigues (2009, p. 4) preleciona que:

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

O que se pode observar, contudo, é que a nova Carta Magna ofereceu uma proteção ainda maior à família, desde que acatadas as diferentes formas em que foi instituída e a sua destinação, que acerta, segundo Albuquerque Filho (2001, p. 26), com “o desenvolvimento da personalidade de seus membros, fundamentada nos princípios específicos do pluralismo das entidades familiares e da afetividade”.

Nesse pensamento, a entidade familiar deve ser compreendida, atualmente, como grupo social estabelecido, fundamentalmente, em laços de afetividade, pois em outro entendimento não se pode atingir à luz do texto constitucional. Desse modo, assegura-se o valor do afeto para que se possa compreender a pessoa humana, integrando o seu eu, sendo vital entender a possibilidade de que do afeto provenham efeitos jurídicos dos mais distintos possíveis.

1.3.2 A família no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como já mencionado anteriormente, mas não de menor importância discorrer aqui também, sabe-se que a família, sem dúvida alguma, realiza uma das mais admiráveis funções na infância e na adolescência de um indivíduo, pois é com esta instituição que o ser humano tem seus contatos iniciais, suas interações e, desse modo age no seu desenvolvimento inicial. É sabido que os pais têm, como função central, proverem os fundamentos das suas condutas,

onde se inclui, do mesmo modo, o papel de transmitir valores de várias naturezas, como religiosos, morais, éticos, dentre tantos outros.

Além de serem participantes ativos no bom senso de compreensão e reciprocidade dos filhos, os pais precisam se mostrar compassivos às necessidades de seus filhos, fazendo que eles sintam desejados e abrigados. Todavia nem sempre isto acontece, matéria que, pelo contexto do tema, não cabe aqui uma discussão.

Mas o que se sabe é que, o ECA (*apud* TORRES, s.d., p. 25), traz em seu art. 4º que “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 dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. Se fundamentado nesse artigo, a família vem citada como elemento primordial na observância e na obediência dele, consolidando-se, desse modo, como instituição com a maior incumbência na formação e desenvolvimento da criança e do adolescente nas suas relações sociais.

O capítulo III da lei supracitada, declara em, seu art. 19, que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, e em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” Esse artigo mostra, de modo irrefutável, o direito da criança e do adolescente de ter em seu convívio sua família natural e, na falta desta, substitutas, assegurando, por conseguinte, o intercâmbio comunitário, em espaço conveniente à sua formação e desenvolvimento.

Em seu art. 22 o ECA (*op. cit.*⁴, p.29), ressalta-se ainda 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 determinações judiciais”.

Observa-se que família é a grande responsável na execução das leis, reservadas às crianças e aos adolescentes, como já citado no início deste texto, ela é basilar para o desenvolvimento proficuo de um ser humano. A família natural deve, quando não puder ou

⁴ *op. cit.* Latim, é apócope de "opus citatum"/"opere citato", que significa "a obra citada/da obra citada". Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Op._cit.> Acesso em 18 de abr. 2011.

não tiver condições suficientes para orientar e educar seus descendentes submetidos ao ECA e outra leis pertinentes ao assunto, procurar ajuda nos órgãos competentes e/ou entregá-los para serem acolhidos por uma família substituta. Nota-se que a convivência familiar é, sem dúvida, a primeira escola e os valores que a criança e o adolescente aprendem em casa com seus familiares e que refletem no espaço que eles convivem. Daí o estimado valor de uma criança e adolescente ser criada e educada em ambiente favorável e isento de todo e qualquer intranquilidade e desequilíbrio.

2. A FAMÍLIA SUBSTITUTA

2.1 Breves considerações

Quando o poder familiar, antes pátrio poder, não é cumprido de maneira a atender o melhor interesse do menor, como, por exemplo, quando ocorre o abandono; o castigo demasiado, o não atendimento sem justificativa ao dever de guarda, sustentação, educação; ausência dos bons costumes ou ainda omissão ou abuso por parte dos pais ou responsáveis, há, pois, que se tomar certas medidas de proteção, e, entre elas, destaca-se a colocação em família substituta.

Sendo família substituta aquela que supre a família biológica, de uma criança ou adolescente, quando esta não pode, não consegue ou não quer cuidar da sua cria. Daher (1998, p.3) diz que “a família substituta pode ocupar o papel da família biológica de forma efetiva e permanente, como na adoção, ou de forma eventual, transitória e não definitiva, como na guarda, na tutela e na curatela”. Esta criança e ou adolescente, então, passará a ser membro ativo da família que o acolheu, que lhe proporcionou casa, carinho, amor, atenção, respeito e todos os benefícios que possam ser oferecidos a ele, sobretudo, o de ser cidadão.

Ainda, conceituando família substituta, Pereira; Santo; Souza (2009, p. 33) dizem ser ela “a que se forma, excepcionalmente, como sucedâneo da família natural, quando esta se desfaz ou deixa de ser ambiente adequado para a criança ou adolescente. No alcance definido pela Lei, manifesta-se por meio dos institutos da guarda, tutela, curatela ou adoção, após procedimento judicial próprio”.

Sobre a história da família substituta, Cury, Silva e Mendez (2000, pp. 107, 108) assim se posicionam:

A história da família substituta é quase tão antiga quanto à humanidade, pois certamente brotou do próprio espírito de solidariedade existente latente nos seres humanos, de molde a suprir incontentáveis ausências da família natural, gerando, daí até mesmo fábulas, lendas e fantasiosas histórias que

rechearam a imaginação de inúmeras gerações. [...] No entanto, mais do que fábula ou lenda, a realidade mostra, com muita eficácia, que as circunstâncias atuais têm aumentado em muitas vezes as razões que levam uma família a assumir a substituição da família natural.

Rodrigues (*apud* CORRÊA, 2001, p. 9), afirma que “vislumbrada a impossibilidade da criança ou do adolescente permanecer com seus pais, nem por isso deixa de ter o direito à convivência familiar. Não poderá ficar sem um responsável. Alguém que lhes assista, crie e eduque. É nesse momento que surge a família substituta”.

Desse modo, sob a luz do olhar da proteção, deverá ocorrer a integração absoluta da criança e/ou do adolescente na família substituta, afastando definitivamente a família natural, de modo irrevogável, rompendo com a representação de vínculo de parentesco estabelecido, artificialmente.

No Brasil, a atual Constituição Federal, em seu artigo 227, enumera vários direitos, entre eles o direito que toda criança e adolescente têm de possuir convivência familiar e comunitária. Já o ECA afirma, categoricamente, o direito deles de serem criados e educados no seio de sua família, apenas, excepcionalmente, em família substituta.

Nota-se que, não obstante, a coexistência familiar em família substituta seja apresentada na Constituição Federal, no ECA e em outros dispositivos legais, como um direito fundamental ao desenvolvimento de todo menor em circunstância de abandono, seu acesso muitas vezes é dificultado pelos requerentes, já que estes se limitam aos aspectos como idade e características físicas das crianças prontas ao acolhimento. Nesse contexto Daher (1998, p. 4), afirma que:

A hipótese de que a criança ou adolescente, involuntariamente impedida de viver em sua unidade familiar, deve ser criado e educado em família substituta, é um leque que se abre para amparar esses infantes, carecendo, entretanto da prerrogativa de “querer”, dessas famílias acolhedoras. Em nossa prática nos deparamos com situações que demonstram que a colocação em família substituta não é algo que se obtenha com facilidade.

Vale lembrar que criança e adolescente apenas poderão ser inseridos em família

substituta devido à impossibilidade ou à dificuldade de serem mantidos em sua família natural. É necessário ter sempre em mente que a mudança da família original para outro grupo familiar deve ser abordada de maneira cuidadosa com as crianças e com os adolescentes, pois são modificações estruturais que os põem perante imensos desafios. É preciso haver uma preparação, segundo Daher (1998, p. 5):

Envolve informá-los, crianças e adolescentes, sobre as medidas a serem tomadas antes que elas sejam operadas pelo Poder Judiciário. Isso implica em uma atitude de escuta e de diálogo, explicitando as possíveis consequências, no curto e no longo prazo, para a vida da pessoa. Pressupõe acolher as manifestações de medo e ansiedade diante do desconhecido e a realização e o acompanhamento dos movimentos de aproximações gradativas com as pessoas que compõem a família substituta e a comunidade onde estão inseridos.

Nota-se que ser família substituta é, antes de tudo, ser família, no mais exato sentido da palavra. Não importa a consangüinidade ou a genética, que se leva em conta são as relações de afetividade, amor, carinho, diálogo e respeito.

2.2 A importância da família substituta para a sociedade atual

A temática família substituta ganhou espaço importante de discussão, tanto na esfera da ampliação de políticas públicas de atenção ao menor quanto nos meios acadêmico, científico e jurídico. A discussão se explica pelo fato de o ECA, em seu artigo 19, já citado anteriormente, dispor sobre o direito dos menores de serem criados e educados em família, quer seja essa natural, quer substituta.

Todavia, o que se sabe é que a família substituta surgiu para desempenhar os papéis da família natural e, especialmente, para evitar a institucionalização de crianças e de adolescentes. Torna-se mister então, que a família substituta represente para o menor a mais perfeita medida para seu amparo e desenvolvimento. Segundo Silva (1995, p. 8), a família substituta “é a que vem em segundo plano, logo depois da família natural; isso não significa dizer que a família substituta seja inferior, sob a ótica moral, religiosa, econômica etc, à

família natural. Absolutamente não!”

Ante a esta realidade, viu-se necessário discorrer aqui, mesmo que de forma singela, sem aprofundar demasiadamente na matéria, sobre o abandono do menor, pois se acredita que a existência da família substituta apenas se justifica pelo fato de haver o menor abandonado por seus genitores.

2.2.1 Abandono do menor

O abandono é forma extrema de negligência, quer seja intencional, quer por carência de recursos. A marca principal do abandono é a subordinação da criança ou do adolescente a atos ou atitudes de omissão, de forma recorrente, de maneira propositada ou não, as quais arrastam a prejuízos da alimentação, da saúde, da higiene, da educação, do estímulo ao desenvolvimento, do amparo e/ou da afetividade (DIAS, 2011).

Numa (re)leitura histórica sobre o abandono de crianças e de adolescente, pode-se notar que essa ação não é algo recente no Brasil, ou melhor, tal prática faz parte da história do País. Lima e Venâncio (2001, p. 53), sobre o assunto, explicam que “desde o século XVII, as autoridades administrativas do Rio de Janeiro enfrentavam o problema do abandono de crianças”. E, se acompanhada a história é possível verificar a existência das casas de acolhimento ou os abrigos de menores, até bem pouco tempo lotadas de crianças e adolescentes e supervisionadas por uma casal e duas ou três assistentes; hoje, pensadas e reestruturadas em subordinação ao ECA e a outros dispositivos legais, essas instituições ainda existem, mas com características bem diferenciadas das de outrora.

Hoje em dia, a prática do abandono de crianças e de adolescentes no Brasil ainda é elevada, haja vista a quantidade desses menores encontrada morando nas ruas, mendigando diante dos semáforos, vivendo nas cracolândias, notadamente nos grandes centros, ou seja, vivendo em inteiro estado de desamparo, além dos que estão nas chamadas casas lares. Mas o grande questionamento é: o que leva os pais a abandonarem seus filhos? É do conhecimento de todos que vários são os motivos Sanchez (2010, p. 4) assim os enumera: “falta de

condições socioeconômicas, gravidezes indesejadas ou não planejadas, muitas vezes fruto de relacionamentos ocasionais, ausência da responsabilidade paterna, omissão ou rejeição da família frente à gravidez, falta de respaldo dos órgãos públicos e de programas da iniciativa privada”. Entretanto, neste estudo, somente dois motivos serão abordados, para que não se desvie dos objetivos que se aspira à presente pesquisa. Os motivos aludidos são: o desejo de ser mãe e a situação socioeconômica familiar.

A abordagem começa com o primeiro motivo, ou seja, desejo de ser mãe. Portanto, para iniciar a matéria há que se trazer à baila o pensamento de Badinter (*apud* SANTOS, 2001, p. 92) que assim se pronuncia “o amor materno é apenas um sentimento humano como outro qualquer e como tal incerto, frágil. Pode existir ou não, pode aparecer ou desaparecer, mostrar-se forte ou fraco, preferir um filho ou ser de todos”.

A fala da autora supracitada, mostra que nem sempre a mulher que concebe um filho deseja tê-lo e muito menos deseja mantê-lo em sua companhia. Santos (2001, p. 100) afirma ainda que “o amor materno não é um sentimento que esteja inscrito na natureza feminina”, razão pela qual há mães que ao darem à luz o seu filho de imediato o repudia, abandonando-o ou entregando-o para ser colocado em família substituta.

O que se pode perceber é que, por mais que as mulheres tenham conseguido várias conquistas, no decorrer dos tempos, como, por exemplo, a entrada no mercado de trabalho e o direito do controle de natalidade, com os diferentes métodos contraceptivos, prosseguem sendo mais responsabilizadas pelo zelo com o lar e com os filhos, não obstante os homens igualmente serem responsáveis por seus filhos, o cuidado destes é bem mais exigido das mulheres. Nessa direção, Santos (2001, p.102) se posiciona dizendo que muitas mães:

Por não desejar maternar a criança que acidentalmente gerou, vêm sendo socialmente pressionadas a assumi-la, independentemente dos prejuízos que isso possa acarretar para a criança, encontrando-se por trás do discurso moralizador que cobra dessas mulheres o dever da maternidade, o mito do amor materno e um determinado e idealizado perfil de mulher.

Nota-se que, toda essa censura a respeito da mãe que não quer exercer a maternidade, faz com que ela abandone seu bebê em portas de casas, em cestos de lixo, em via pública, em

terrenos baldios. Há mães que eliminam a vida do próprio rebento, mas ainda há as que permanecem com o filho, por medo de enfrentar a pressão social, apesar de não ter o desejo de exercer o cuidado deles. Mas, sobre esse contexto, Monteiro (2007, p. 4) assevera que “a história de cada mãe que abandona seu bebê, que o rejeita e o expõe ao risco de morrer, ainda está para ser descrita. Não há dúvida, contudo que esses abandonos têm uma história, talvez diferentes, mas com pontos em comum: são mães que não querem seus filhos”.

Seguramente, tais atitudes dessas mães não maternas ainda é um enigma a ser mais bem explicado, pois, como expõe Pereira, (s.d., p. 1): “antes de falarmos em criança abandonada, temos que nos ater à realidade de que primeiro há uma mulher abandonada. E que, após doar o filho, desaparece tristemente do cenário”, no entanto é notório, também, que assim como há pais que desamparam seus filhos há muitos outros que gostariam de ter essas crianças abandonadas em seu convívio. E que, com certeza, lhes dariam carinho, amor, aconchego, enfim, proporcionar-lhes-iam um bom patrimônio afetivo, seria sua família substituta.

O segundo motivo de abandono, escolhido para se tratar aqui e que se pretende fazer de modo sucinto, diz respeito à falta de condições socioeconômicas das famílias. Sobre esse assunto, Santos (2001, p. 113) assim se pronuncia:

Muitas das crianças que vivem nos abrigos e que são abandonadas provêm de famílias empobrecidas, onde encontram-se muitas dificuldades para garantia dos direitos fundamentais e faltam os meios indispensáveis para a sobrevivência com um mínimo de dignidade. A miséria reforça um processo de desagregação da família, gerando com isso a negligência e o abandono.

Ante a exposição de Santos, pode-se questionar sobre o papel do Estado em relação ao problema suscitado, pois a expressão ‘famílias empobrecidas’ remete à ideia da falta de políticas de atendimento às pessoas carentes. Assim sendo, observa-se que o abandono de crianças e adolescentes está inteiramente unido ao abandono das famílias por parte do Estado, uma vez que este não cumpre com as suas obrigações e não oferece, de maneira satisfatória, políticas sociais indispensáveis ao amparo a família, para que esta possa zelar de suas crianças e de seus adolescentes.

Nota-se que os programas oferecidos pelo Estado, às famílias pobres, na maioria das vezes, são assistencialistas e não de garantia de vida com dignidade. A respeito desse contexto, arrazoá Santos (2001, pp. 105 e 106):

Frente a essa posição, importa romper-se com a visão dominante em nossa sociedade que, de forma simplista, culpabiliza unicamente os genitores pelo estado de miséria e/ou abandono dos seus filhos, desviando-se, dessa forma, a leitura do âmbito estrutural marcado por forte desigualdade social, violenta concentração de renda, desemprego, ausência de políticas sociais públicas adequadas, para esfera individual e familiar, atribuindo-se exclusivamente às famílias tidas como “desestruturadas” a culpa pela má criação dos filhos ou por seu abandono.

Percebe-se que, se o Estado oferecesse políticas sociais públicas eficazes para atender as famílias, nos quesitos, saúde, educação, moradia, segurança, trabalho, com certeza, diminuiriam os casos de abandono de crianças e de adolescentes, todavia vale lembrar que, mesmo assim, o abandono continuaria, mas pelo motivo da não aspiração do exercício da paternidade, no sentido genérico da palavra, diminuindo, de maneira drástica, os casos de abandono por razões relacionadas às condições socioeconômicas.

Após essas considerações, sobre esses dois fatores determinantes no abandono de crianças e de adolescentes, percebe-se a importância expressiva da existência da família substituta na sociedade hodierna, pois além do amparo efetivo da criança e do adolescente, não os deixando à mercê das casas de acolhimento, a família substituta contribui para a boa formação e desenvolvimento desses menores. Não se faz, aqui, uma apologia à retirada de crianças e de adolescentes do seio de suas famílias naturais, mas concorda-se que, quando estas se tornam incapazes de criar, educar e formar seu rebento, então é melhor que este esteja nas mãos de quem pode, mas há que se lembrar que todo esse processo de entrega e acolhimento deve ser fundamentado nos parâmetros legais, notadamente no ECA e na a Lei 12.010/2009.

3. MODELOS DE COLOCAÇÃO NA FAMÍLIA SUBSTITUTA À LUZ DO ATUAL CÓDIGO CIVIL, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA LEI 12.010/2009

As crianças e os adolescentes têm direito às convivências familiar e comunitária, como já visto no transcursar desta pesquisa. Sabe-se, no entanto, que quando não é possível alcançar esse direito na família natural, eles são colocados em família substituta, mediante guarda, tutela, curatela e adoção. Nesse contexto, o ECA (*apud, op. cit*, pp. 30,31) assim preceitua:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009) § 2º. Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial. Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção. Art. 32. Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termos nos autos (**sublinhamento meu**).

Observa-se, nos artigos supracitados, que a criança e o adolescente, com capacidade de entendimento, poderão opinar sobre seus desejos quanto à ida para família substituta e esta deverá estar, adequadamente, preparada para receber o menor que lhe for entregue, obedecidos esses preceitos, acredita-se que o acolhimento pela família substituta acontecerá de forma mais tranquila.

A partir de agora, será feita uma breve análise dos quatro modelos de colocação na família substituta, ou seja: guarda, tutela, curatela e adoção, onde serão apresentados objetivos, conceitos e suas principais características.

3.1 Guarda

Ao dar início à análise prevista, é importante fazer referência sobre como o ECA disciplina sobre essa matéria. Todavia, há que se (re)lembrar que esse documento é uma legislação abalizada na Doutrina da Proteção Integral que coloca a criança e o adolescente como ator principal da arte da construção da sua cidadania.

A guarda tem como objetivo, segundo Bastos (s.d., p. 4), “regularizar a ‘posse’ de fato de uma criança ou adolescente que não vivem sob a guarda dos pais. Quem quer que esteja com uma criança ou um adolescente, desde que não sejam os pais, devem providenciar a Guarda perante a Vara da Infância e Juventude a fim de regularizar tal situação”

O que diz o ECA (*apud, op. cit.* p. 31, 32) sobre guarda, em seus artigos 33, 34 e 35, com a devida redação dada pela Lei 12.010/09:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público (sublinhamento meu).

Nota-se que, sob a ótica do ECA, notadamente no art. 33, é motivo para requerer a guarda, quando qualquer um dos genitores não estiver oferecendo total amparo ao menor. Lembrando que a guarda objetiva proteger tanto a pessoa, quanto os bens da criança e do adolescente.

3.1.1 Conceitos de guarda

Vários autores debatem a guarda e todos têm seus próprios conceitos sobre a matéria. Alguns desses conceitos serão apresentados a seguir, todavia prouve-se por bem, para fins de esclarecimento, apresentar, antes de tudo, a origem da palavra guarda. Assim, segundo De Plácido e Silva (2004, p. 667), “Guarda. Derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração”.

Quanto ao conceito, no entendimento de Milano (2005, p. 43), “no sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes”.

Para Carbonera (2000, p. 47), guarda é “um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”.

Strenger (1998, p. 32), discorrendo sobre o tema, diz “guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

E para finalizar a conceituação de guarda, tem-se em Venosa (2011, p. 284) a seguinte posição: “guarda é a modalidade mais simples de colocação em família substituta”.

Destarte, emprega-se este instituto jurídico para que se colocar a criança ou o adolescente em uma família substituta, tendo em vista oportunizar a estes, o que lhes recusado por suas famílias biológicas.

E Santos completa dizendo que:

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

No conceito de guarda está, pois, a noção de detenção, de posse da coisa, ou – no caso de que nos ocupamos – da pessoa, com a finalidade de vigilância, proteção e assistência. Desse modo, guarda implica, de regra, uma situação fática de proximidade física entre o guardião e aquele a quem lhe incumbe guardar, caso contrário a vigilância e a proteção não serão viáveis nem efetivas.

Perante o exposto, verifica-se que guarda nada mais é que a obrigação de proteger e resguardar o sujeito que precisa do amparo de um adulto até que possa responder por seus atos, andar *per si*, de *motus* próprio.⁵

3.1.2 Modelos de guarda

A guarda, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser classificada segundo três modalidades, quais sejam: guardas provisória, permanente e peculiar.

3.1.2.1 Guarda provisória

Esse tipo de guarda está prevista no art. 33, §1º e no art. 167 do ECA. É provisória quando foi deferida liminar e, incidentalmente, nas ações de tutela ou adoção, observado o caso de adoção por estrangeiros. Nogueira (2001, p. 41) assegura que a guarda provisória é “determinada precariamente para resolver a situação de alguma criança abandonada, devendo

⁵ *Per si*, de *motus* próprio. Expressões cujo significado é ‘andar por si mesmo’ lpor conta própria’. Disponível em: <<http://www.achando.info/index.php?query=de+per+si&action=search>> Acesso em 5 de ago. 2011.

o juiz esclarecer àquele que a recebe as implicações que poderão advir de possíveis mudança”.

Esse modelo de guarda, em regra, é determinado para que seja feita avaliação de conduta, entendimento e relacionamento entre o detentor da guarda a criança e/ou adolescente.

3.1.2.2 Guarda permanente

A guarda permanente dedica-se em atender às circunstâncias típicas, quando não foi possível conseguir a adoção ou tutela, que parecem ser as mais favoráveis para a criança e o adolescente (ECA, artigos 33, § 1º, início e 34). Romera (1995, p. 32) afirma que a guarda:

É permanente quando o instituto é visto como um fim em si mesmo, ou seja, o guardião deseja a criança ou adolescente como membro de família substituta, e com as obrigações e direitos daí advindos, sem que o menor seja pupilo ou filho. Nesse sentido são os regramentos para o Poder Público estimular a guarda do órfão e abandonado. Nesse sentido não envolve situação jurídica maior do que assistencial, não gerando direito sucessório, portanto.

Esse modelo de guarda parece ser o melhor deles, mas se nota estar ele, ainda longe de ser o ideal, já que se exaure em si mesmo, sem que seja estabelecida para buscar outra situação jurídica, tutela ou adoção.

3.1.2.3 Guarda peculiar

A guarda peculiar é uma novidade trazida pelo ECA e está disciplinada em seu art. 33, §2º ocorre em circunstâncias peculiares ou em casualidades que carecem de suprimento da ausência dos pais ou do responsável para a prática de atos determinados. Segundo Chaves

(*apud* ISHIDA, 2003, p. 69) “visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardando em determinada situação.”

Sobre guarda em si, é sabido ainda que qualquer indivíduo, exceto estrangeiro, não importa o estado civil, conforme reza o art. 31 do ECA já mencionado, poderá solicitar a guarda, preenchidos os pré-requisitos gerais, ainda como preceituam os arts⁶ de 19 a 24 e de 33 a 35 do ECA, também já citados nesse documento, afora o art. 24, mas o referido artigo prescreve que “Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder⁷ serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 2”.

De tal modo, poderá a criança ou o adolescente, desprovido de sua família natural, ter uma família substituta. E essa virá a preencher a ausência dos genitores e demais familiares, na qual a afetividade e o atendimento serão supridos por pessoas plenas de sentimentos de solidariedade (ROMERO, 1995).

Diante da exposição sobre guarda, pode-se observar que ela tem como objetivo primeiro e fundamental amparar a criança e o adolescente, física, moral, emocional e economicamente. Desse modo, os filhos menores, na falta dos pais, responsáveis primeiros por eles, necessitam que alguma pessoa os represente ou lhes assista em todos os atos da vida civil, suprindo-lhes suas necessidades, tais como: afeto, amparo, carinho, amor, saúde, alimentação, higiene, segurança e educação, como já mencionado.

3.2 Tutela

Outro modelo de colocação em família substituta é a tutela, que tem em vista a proteção da criança e do adolescente que se encontram com a ausência de representação legal. Assim, em meio às medidas protetivas o ECA traz a tona a tutela, instituto esse que ganhou uma nova aparência com a Lei nº 12.010/09 – Lei da Adoção –, transformações essas dignas

⁶ Dos artigos citados alguns sofreram alterações pela Lei nº 12.010, de 2009.

⁷ Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009. Onde se lê pátrio poder leia-se pode familiar.

da atenção da presente pesquisa. Então, percebe-se ser necessário acrescentar aqui os artigos do ECA, que tratam da tutela, já com as devidas alterações; para tanto buscaram-se esses artigos em Torres (s.d., p. 32) e na referida lei da adoção:

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder⁸ e implica necessariamente o dever de guarda. Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). Art. 38. Aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24 (**sublinhamento meu**).

O cabimento da tutela restringe-se aos seguintes pressupostos: pais falecidos, ignorados ou antecipadamente destituídos do poder familiar ou com ele suspenso. Não raras vezes, os interessados exigem a tutela em vez da guarda, por ser mais fácil o alcance dos direitos previdenciários, como dependente, naquela situação. No entanto, existindo genitor vivo, mesmo que em lugar incerto e não conhecido, não estando desprovido do poder familiar, faz-se pertinente a guarda, não a tutela. Em sendo incógnito o destino dos genitores, é fundamental que aconteça uma sentença declaratória de falta ou, até mesmo de destituição do poder familiar, tendo por base o abandono. Expressivo é assegurar que, se a circunstância de o fato permitir a proposta da ação de destituição do poder familiar, deve o Ministério Público fazê-lo, porque para o menor é de contínuo mais importante a tutela que a guarda, já que aquela medida envolve plenos poderes de representação (MARCHESAN, 2011).

Já em andamento, mas em tempo, cabe aqui conceituar tutela. Assim, buscou-se esse conceito em três renomados doutrinadores, a saber, Venosa (2011, p. 437) que profere o sobre tutela dizendo ser ela “um instituto que objetiva suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que necessitam de proteção”.

⁸ Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009. Onde se lê pátrio poder, leia-se poder familiar.

Para Dias (2011, p. 609), tutela “é um *mínus* público concedido, de preferência, a um parente ou até a um estranho, para zelar por uma pessoa menor de idade e administrar os seus bens”.

Já, para Patiño (2008, p. 197), a tutela “é um instrumento de natureza assistencial e protetiva pelo qual uma pessoa recebe o encargo de ter sob sua responsabilidade um menor que não se encontre submetido ao poder familiar, para administrar-lhe os bens, protegê-lo e cuidar de sua criação, zelando pelo seu desenvolvimento, educação e sustento”

Observa-se, que Patiño fundamenta seu conceito de tutela no atual Código Civil – CC –, (*apud* TORRES, 2008, p. 301), que pronuncia sobre o mencionado instituto, em seus artigos 1.740 e 1741, nesses termos:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade. Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

O Art. 37 do ECA e o 1.729 do CC falam da nomeação do tutor. Entenderam os legisladores dos supracitados dispositivos legais, que os pais, e aqui há que se ler pai e mãe, são aqueles que irão decidir o melhor para seus filhos, procurando apontar a pessoa adequada que seja capaz de amparar, proteger, acarinhar, amar, cuidar dos menores como se prosseguissem o afeto e a proteção que antes eram recebidos.

Assim, Diniz (2008, p. 605) afirma que “a tutela, portanto, é um complexo de direitos e obrigações conferido pela lei a outra pessoa, com a missão de proteger a pessoa do menor que não está mais sob o poder familiar, bem como que administre os seus bens”.

Quanto ao fim da tutela Diniz (2008, p. 610) afirma que este “ocorre, quando o tutelado atinge a maioridade, adquirindo a plena capacidade civil; quando o menor tutelado

for emancipado; ou quando for reconhecido, pelo pai, como filho ou, ainda, quando o menor for adotado. É que, como sucedâneo do poder familiar, a tutela não se justifica aos que submetem a tal poder”.

Diante do exposto sobre tutela, nota-se que o tutor tem o dever de zelar pela boa administração dos bens do menor, conservando-os e melhorando-os. Assim, assegura-se que, para exercer a tutela, é necessário que o tutor tenha bom caráter, ou seja, que seja uma pessoa idônea, de boa conduta, além de ter bom relacionamento com o que venha a ser seu pupilo, já que o exercício da tutela estabelece a ele, o tutor, uma função pública, e, desse modo, é necessário ser uma pessoa de boa conduta, haja vista a incumbência de proteger tanto a vida quanto o patrimônio do infante.

3.3 Curatela

A curatela, assim como a tutela é, também, um instituto que tem como objetivo suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que necessitam de proteção. Apesar de o novo Código Civil trazer em seu Livro IV Do Direito de família um capítulo dedicado à curatela, constata-se que o ECA faz menção desse instituto apenas nos artigos 44, 142, 148, 184, 201 e 240, todavia os artigos supracitados mencionam o curador e não o instituto em si. Já a Lei de Adoção, Lei 12.010/2009, nada menciona sobre a curatela.

O atual CC, de seu artigo 1.767 ao artigo 1.783 tratam exclusivamente da curatela. Venosa (2011, p. 463) explica que “o fulcro do instituto, disciplinado nos arts. 1.767^{ss}, porém, é a proteção aos que não tiveram o necessário discernimento para os atos da vida civil; aos que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade; aos deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aos excepcionais sem completo desenvolvimento mental e aos pródigos”. Frente ao exposto e após leitura dos artigos do CC que tratam do tema, verifica-se poder conceituar curatela então, como sendo a responsabilidade atribuída, por lei, a alguém, para conduzir uma pessoa e seus bens, ou apenas os bens de indivíduos menores, ou mesmo pessoa adulta, ou até que mesmo dos que ainda nem nasceram e que por si só são incapazes de fazê-lo.

Quanto ao objetivo da curatela Venosa (2011, p. 464) afirma ser o de “principalmente, conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros”, todavia há que se lembrar que essa proteção, aos incapazes, será exercida de contínuo com a inspeção do Estado, não sendo aceito abuso ou o mau uso dos poderes que foram conferidos ao curador.

A diferença da tutela para a curatela é que a primeira trata apenas da proteção do menor enquanto a outra tem em vista o amparo a todos de modo geral, tanto menores como maiores em condições específicas como já citado, ou seja, os que não têm condições de manifestar sua vontade própria.

3.4 Adoção

A adoção será estudada, com mais detalhes, no próximo capítulo desta pesquisa, todavia é importante conceituá-la, neste espaço, até mesmo com o objetivo de se esboçar uma breve comparação entre ela e os institutos da guarda, da tutela e da curatela, já tratados aqui.

A adoção está fundamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 39 a 52, no novo Código Civil, nos artigos 1.618 a 1.629 e na Lei 12.010/09, lei esta que dá nova redação ao ECA, a chamada Lei Nacional da Adoção.

3.4.1 Conceito de adoção

Quanto ao conceito de adoção, buscou-se primeiro uma descrição no dicionarista Aurélio Buarque (2009, p. 47) que diz ser a adoção uma “aceitação voluntária e legal de alguma criança como filho, perfilhação, perfilhamento”.

Para Venosa (2011, p.273), a adoção é “uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí, também, ser conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma reação biológica, mas de manifestação da vontade”.

Já Diniz (2008, p. 308) afirma que “adoção é o vínculo legal que se cria à semelhança da filiação consanguínea, mas independente dos laços de sangue. Trata-se, portanto, de uma filiação artificial, que cria um liame jurídico entre duas pessoas, adotante e adotado. O vínculo da adoção denomina-se parentesco civil”.

Segundo Liberati (2003, p. 17), “adoção, tecnicamente, indica um ato jurídico por meio do qual, uma pessoa toma ou aceita, legalmente, como filho uma outra”.

Gomes (1998, p. 369) também a entende como sendo um “ato jurídico pelo qual o vínculo de filiação é criado artificialmente”.

Silva (1995, p. 86), ao arrazoar sobre o tema, conceitua a adoção como sendo “o instituto pelo qual alguém estabelece com outrem laços recíprocos de parentesco em linha reta, por força de uma ficção advinda da lei. E, no conceito puramente sentimental, adoção é, verdadeiramente, um ato de amor”.

E, ainda, Miranda (2000, p. 332) diz que adoção “é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado, relação fictícia de paternidade e filiação”.

Considerando os conceitos, expostos, não se constata nenhum confronto de ideias entre os doutrinadores e pode-se observar que, na visão do mundo jurídico, o filho é legítimo, em direitos e obrigações, independentemente dos laços de consanguinidade entre este e seus pais adotivos.

Observa-se, também, que em geral os mestres citados entendem que a adoção é também uma maneira de suprir as necessidades de uma criança ou de um adolescente, oferecendo-lhes uma vida digna, bem como, possibilitando à família substituta, mormente aos pais adotivos, a experiência de se dedicar a uma nova vida, dando assistência no seu desenvolvimento e crescimento.

Assim, em conformidade com Lanser (*apud* MAZZOLA, 2005, p. 21), “a adoção é um ato de bondade, luz, caridade para acolher uma criança que poderá constituir-se na sua família biológica. [...] Adotar um filho é recebê-lo como ele é, e ajudá-lo a ser único, como qualquer filho biológico que nunca poderá ser comparado com quem quer que seja”.

Portanto, a pessoa que possui o desejo de adotar deve estar consciente de que a adoção é a inclusão, de maneira completa, de uma criança ou de um adolescente numa família e esta deve ter sempre em mente garantir o bem estar do adotado.

4. A FAMÍLIA SUBSTITUTA QUE MAIS SE ASSEMELHA À FAMÍLIA NATURAL: A ADOÇÃO EM DEBATE

Ao se observar o artigo 227 § 6º da atual Constituição Federal, aqui transcrito em sua íntegra, “§ 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”, ante ao dispositivo, pode-se afirmar que a adoção é a forma de família substituta que mais se assemelha à família natural. Este dispositivo traz igualdade a todos os filhos sendo vetadas quaisquer atitudes discriminatórias.

Após conceituar o tema adoção, e considerando-a ser a forma de família substituta que mais se parece com a família natural, há que se tratar, nesse último capítulo, dos tipos de adoção, da adoção à luz dos dispositivos legais pertinentes (atual CC, ECA e Lei 12.010/09), natureza jurídica da adoção e, por fim, do adotado e do adotante.

4.1 Tipos de adoção

O ECA enumera alguns tipos de adoção, quais sejam: unilateral, por familiares, póstuma, por divorciados ou separados judicialmente e a internacional. Será feita, em seguida, uma breve abordagem sobre cada uma delas.

4.1.1 A adoção unilateral

A adoção unilateral incide quando um dos cônjuges ou companheiro quer adotar o filho do outro.

Sobre essa matéria, assim pronuncia Dias (2011, p. 489):

Admite a lei que o cônjuge ou companheiro adote a prole do outro, o que não interfere no vínculo de filiação com relação ao pai ou mãe biológica (ECA 41 § 1.º). Em outras palavras, se uma mulher tem um filho, seu cônjuge ou companheiro poderá adotá-lo. O infante permanece registrado em nome da mãe biológica e é procedido ao registro do adotante (cônjuge ou companheiro da genitora) como pai. O filho manterá os laços de consanguinidade com a mãe e com os parentes dela. O vínculo pelo lado paterno é com o adotante e os parentes dele. O poder familiar é exercido por ambos, e o parentesco se estabelece com os parentes de cada um dos genitores.

Devido à preleção de Dias, observa-se que, tecnicamente, então, o exercício do poder familiar não acaba para o pai/mãe não detentor da guarda, pois este se mantém inteiramente ligado ao filho. O interesse do filho é o que norteia as disposições relacionadas ao poder familiar.

4.1.2 Adoção por familiares

O Estatuto da Criança e do Adolescente (*apud* TORES, s.d., p. 33), em seu artigo 42, § 1º, mostra que “não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. Desse modo, tios, primos, e cunhados têm prioridade na adoção.

Em certas ocasiões, a família requer a adoção apenas objetivando concretizar um arranjo que já existia, todavia, em outras circunstâncias, são casos litigiosos, nos quais os membros da mesma família se envolvem em contendas jurídicas pela adoção do parente (AOKI, 2009).

4.1.3 Adoção póstuma

O ECA traz, no seu artigo 42, § 6º, que a “adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes

de prolatada a sentença” e o artigo 1.628 do novo Código Civil completa dizendo que isso é possível, desde que o requerente tenha preenchido os requisitos legais para essa aprovação.

Sobre as frases “inequívoca manifestação de vontade” e “desde que o requerente tenha preenchido os requisitos legais” expostas nos dispositivos legais citados acima, Dias (2011, pp. 495, 496) esclarece essa posição legal: “vem sendo afastada pela jurisprudência a partir de uma decisão do STJ”. A esse respeito, Dias (*op. cit.*, p. 496) ainda se posiciona dizendo:

Ora, no momento em que é admitida a possibilidade de adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se está aceitando o reconhecimento da paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. ‘Flagrada a existência da posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pais, é declarado o vínculo de filiação’.

O que se confirma é que a adoção póstuma é juridicamente admissível por não ser vedada ou contraditória com o ordenamento jurídico em vigência.

4.1.4 Adoção em conjunto

Nos termos do artigo 42, § 4º do ECA; lê-se::

Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Escrita conforme a Lei nº 12.010, de 2009). (sublinhamento meu)

Nesses casos, é imperativo que os adotantes entrem em acordo em relação à guarda do infante e o regime de visitas, caso não haja esse acordo, a decisão competirá ao juiz.

4.1.5 Adoção internacional

Esse tipo de adoção, apesar de admitida constitucionalmente (artigo 227, § 5), está densamente regulamentada no ECA, nos seus artigos 51 e 52. Observa-se, no dispositivo legal, que a adoção internacional só deve ser deferida não havendo mais condições de convívio familiar ou de colocação em família substituta brasileira.

4.2 A adoção na legislação brasileira: em destaque o atual CC a CF/88, ECA e Lei 12.010/09

A adoção brasileira é regulamentada pelos artigos 1.618 à 1.629 do CC, pelos artigos 39 a 52 da Lei nº 8.069/90 (ECA); pela CF/88, notadamente seu artigo 227 e, agora, recentemente, pela Lei Nacional da Adoção, Lei 12.010/09, lei essa que altera, além de outros documentos, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se pretende aqui é assinalar apenas alguns pontos de destaque das leis supracitadas, que tratam do assunto, mesmo porque não se tem espaço para discutir o tema, uma vez que, cada lei acima descrita, fornece subsídios para a construção de uma análise à parte.

4.2.1 A adoção no atual Código Civil

Sobre o Novo Código Civil, destaca-se que ele revogou todas as disposições que regulamentavam a adoção no CC de 1916. No entanto, a adoção regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente permanece em vigor e em concordância com os dispositivos do Novo Código Civil. Desse modo, sendo que as disposições do Novo CC só predominarão onde não houver antagonismo com o registrado no ECA.

Fato que merece destaque no CC é questão da adoção por casais homossexuais, Laginski (2003, p. 3) descreve de forma sucinta, porém clara, o assunto. Profere a autora:

Já se têm notícias de homossexuais que juntos coabitam terem adotado uma criança. Mas, o Novo Código Civil, assim como o anterior, é bastante claro no sentido de impossibilitar que no Brasil tal procedimento seja adotado. Dispõe expressamente no art. 370 do Código Anterior que 'ninguém será adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher'. O art. 1.622 do Novo Código manteve a redação anterior, apenas acrescentou que os companheiros que vivem em união estável também podem adotar. O que já é um avanço para milhares de companheiros que convivem em união estável e têm o desejo de adotar uma criança. O art. 1625 do Novo Código Civil ratificou a disposição contida no art. 43 do ECA, dispondo que 'somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando'. Desta forma, a análise do apontado benefício fica a critério do julgador, que ponderando todas as informações do processo tem a capacidade de vislumbrar se os interesses da criança serão respeitados e firmemente garantidos.

Reconhece-se a amplitude do tema, mas tem-se conhecimento de que muito mais há para ser estudado. Mas como já citado anteriormente optou-se aqui apenas por uma concisa apresentação.

4.2.2 A adoção no ECA

É do conhecimento deste pesquisador que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei específica, criada nomeadamente para disciplinar a assistência integral da criança e do adolescente. O ECA, consolidado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, considera seus destinatários como sujeitos de direito.

Sobre a adoção validada no ECA, Valiko (2010, p. 3) assim se posiciona:

Nesta lei, nos artigos 39 a 50, é determinado todo o procedimento para a adoção de crianças brasileiras, seja por nacionais ou estrangeiros domiciliados e residentes em território nacional, haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º assegura a todos os que aqui residem a igualdade perante a lei. Devemos salientar, ainda, que o brasileiro domiciliado e residente no exterior, terá os mesmos direitos que o nacional que encontra-se em solo pátrio. Já os artigos 51 e 52 cuidam da adoção internacional por estrangeiros cujo domicílio e residência seja fora do Brasil.

Algo que se pode notar, na leitura dos dispositivos acima citados é que, não obstante às grandes abordagens sobre as novidades introduzidas pelo atual CC, no que concerne ao instituto da Adoção, foi possível observar que não há incompatibilidade entre ele e o ECA. E, também ficou claro que, com a reforma, o CC não intencionou revogar o Estatuto citado, como pairou a dúvida, neste pesquisador, por algum momento.

4.2.3 A adoção na Lei 12.010/2009

Em consideração à extensão da matéria e pelo uso dos dispositivos no corpo deste trabalho, prouve-se por bem colocar aqui apenas os questões relevantes da Lei Nacional da Adoção, para tanto, buscou-se em Oliveira Júnior (2009, p. 4), as novas regras estão organizadas abaixo de forma bem direta, e há que se esclarecer que muito da pontuação feita pelo autor acima citado está no corpo deste trabalho, por isso o objetivo da colocação aqui é de apenas enfatizar e enriquecer o já exposto, há pois que se pedir desculpas pela extensão da citação.

– Foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, o qual reúne os dados das pessoas que querem adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção, de modo a impedir a “adoção direta” [...]; também estabelece uma preparação psicológica, de modo a esclarecer sobre o significado de uma adoção e promover a adoção de pessoas que não são normalmente preferidas (mais velhas, com problemas de saúde, indígenas, negras, pardas, e amarelas) – Traz o conceito de família extensa, pelo qual se deve esgotar as tentativas de a criança ou adolescente ser adotado por parentes próximos com os quais o mesmo convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. – A família substituta é aquela que acolhe uma criança ou adolescente desprovido de família natural de modo que faça parte da mesma. – Estabelece a idade mínima de 18 (dezoito) anos para adotar, independente do estado civil. Contudo, em se tratando de adoção conjunta é necessário que ambos sejam casados ou mantenham união estável. – A adoção dependerá de concordância, em audiência, do adotado se este possuir mais de 12 (doze) anos. – Irmãos não mais poderão ser separados, devem ser adotados pela mesma família. – A adoção conjunta por união homoafetiva é vedada pela lei. Não obstante, o Poder Judiciário já se decidiu em contrário, em caso de união homoafetiva estável. – A gestante que queira entregar seu filho (nascituro) à adoção terá assistência psicológica e jurídica do Estado, devendo ser encaminhada à Justiça da Infância e Juventude. – A lei estabelece também como medida protetiva a figura do acolhimento familiar, a qual a criança ou o adolescente é encaminhado para os cuidados de uma

família acolhedora, que cuidará daquele de forma provisória. – A lei ainda determina que crianças e adolescentes que vivam em abrigos (espécies de acolhimento institucional) terão sua situação reavaliada de 06 (seis) em 06 (seis) meses, tendo como prazo de permanência máxima no abrigo de 02 (dois) anos, salvo exceções. – Em se tratando de adoção internacional, esta somente ocorrerá se não houver, em primeiro lugar, alguém da chamada família extensa habilitado para adotar, ou, em segundo, foram esgotadas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira. Por fim, os brasileiros que vivem no exterior ainda têm preferência aos estrangeiros.

Perante o exposto constata-se que, no Brasil hoje, com o apoio da legislação vigente, está muito mais fácil e rápido adotar um filho. A burocracia ainda existe, mas não como antes. Nesse sentido, Lima, ao prefaciá-la obra de Pereira, Santos e Souza (2009.), já aqui citada, afirma que “a novel legislação (Lei 12.010/2009) adapta o instituto às realidades da vida social. [...] é preciso, pois, facilitar cada vez mais a inserção de adotandos nas mais variadas formas de convivência familiar existentes na realidade contemporânea”.

Por conseguinte, por essas e, também, por outras razões, estimular adoção é assaz necessário para um país, como o Brasil, que infelizmente ainda é dono de altos índices de crianças e adolescentes desamparados ou marginalizados.

4.3 O adotante e o adotado: uma relação de amor

A adoção, como já mencionado, tem por finalidade, basicamente, o bem-estar e o interesse do menor. Vicente (2006, p. 5) afirma que:

Entre o pedido impetrado pelos adotantes e a homologação da sentença deve ocorrer o convencimento do juiz. Deve ser verificada a capacidade intelectual, afetiva e emocional dos adotantes para se avaliar as possibilidades reais do menor encontrar no novo lar o equilíbrio e a normalidade familiar que ele tanto carece. Todo esse estudo visa minimizar a margem de erro na colocação de um menor numa família substituta equivocada. Procura-se inteirar o adotante das suas obrigações e responsabilidades, assim como informá-lo sobre os efeitos que esse ato gerará.

Numa (re)leitura do texto, observa-se que com a adoção desaparece todo o elo existente com a família natural, ou seja, todo o liame será olvidado e extinto. Os laços agora existentes são os da família substituta. O novo vínculo é definitivo, é para sempre. E, a partir de agora, o adotado é igualado nos direitos e obrigações ao filho hematólogico, ou seja, a ele (filho adotivo) é garantido o direito a alimentos, e, de igual modo, ele assume o dever de cuidar dos pais adotivos, mas, para isso, é preciso que se estabeleça uma relação firmada na afetividade, no carinho, no respeito, na cumplicidade, no amor.

Sobre isso Beltrame (s.d., p. 4) afirma que “a adoção compreende dois mundos psicológicos: o do adotante e do adotando. De um lado a motivação de adotar e o desejo de ser pai/mãe e de outro a motivação de ser adotado e o desejo de ser filho. Para que haja uma fusão harmoniosa desses mundos, é necessário desenvolver uma história de amor entre essas pessoas”.

Adotar é, pois, um ato de amor e é o amor que promove a vontade de adotar, que garante que aquela criança ou aquele adolescente precisa de você, é o amor que produz resignação para esperar as determinações jurídicas que vão permitir um encontro para toda a vida.

Evidenciam Sá e Cunha (*apud* BELTRAME, s.d., p. 4) que “o lugar de uma criança na família é o coração dos pais. Se for assim, a relação amorosa terá sempre a função de uma experiência afetiva reparadora que organiza a memória (e o passado) e a protege com o esquecimento (das coisas más que, às vezes, se vivem)”.

Adultos que adotam uma criança ou um adolescente dão a si mesmos a admirável oportunidade de serem pais, de cuidar de seu filho, de vê-lo crescer, de ajudá-lo, de ensiná-lo, de educá-lo. Existe um provérbio popular que diz que pai é aquele que cria, não aquele que põe no mundo. Esta é uma máxima! E quem pleiteia uma adoção, e os demais observarem esse ditado é serem plenamente coniventes com a colocação de uma criança ou de um adolescente, carente, desamparado, em uma família substituta.

Gimenes (2010, p. 1), ao definir a palavra adoção, declara “adoção. Penso eu que esta seja uma das palavras mais bonitas que existe em qualquer idioma. Palavra esta que

representa não só um ato, não só um sentimento ou caridade, mas acredito que a palavra esperança seja o seu melhor adjetivo”.

Muito se discutiu aqui sobre a importância da criança e do adolescente ter uma vida vivida em família, se possível residida na família natural, mas caso não seja possível nesta, então que lhes tenham a oportunidade de viverem em família substituta. Pereira; Santo; Souza (2009, p. 29) afirmam que:

A convivência familiar é direito que não depende da norma para ser compreendido: é congênito e natural para todas as pessoas, e muito mais claro e manifesto quando se trata da convivência garantida às crianças e adolescentes com seus pais, avós, irmãos e demais membros da família. Um ambiente de afeto e segurança é o adubo ideal para florescer a decência e outras virtudes do espírito, tão imprescindíveis e urgentes à sociedade, à cidadania e à própria pessoa. Contudo, quando falha a natureza, tornando impossível ou desaconselhável a convivência dentro da família natural, caberá às mãos da cultura a restauração do equilíbrio, providenciando um ambiente familiar de substituição. (sublinhamento meu).

Diante do exposto, neste documento, fica a certeza irrestrita de que a colocação em família substituta, na modalidade adoção, é o que há de melhor para crianças e adolescentes desamparados, pois a adoção é o modelo de guarda que mais se assemelha à família natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A monografia que aqui se apresentou teve como finalidade tratar da família substituta no Brasil. O principal objetivo da presente pesquisa foi compreender os modelos de família substituta na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em destaque a adoção, já que se esperava e agora se comprova ser ela o melhor modelo de família substituta existente.

Verificou-se que o ser humano, no decorrer de sua vida, necessita de cuidados especiais e que a fonte primordial desse cuidado é a família. Sendo ela a instituição com o maior encargo na formação e desenvolvimento da criança e adolescente nas suas relações sociais. Assim foi possível descrever uma nova visão sobre a família, não somente condizente com o momento atual, mas também, coesa com os ideais de integração filosófica da vida humana.

Constatou-se, também, que as transformações ocorridas, ao longo do tempo, marcaram o surgimento de novas modalidades de família, dentre elas a família substituta. Mas, para compreender melhor esse instituto, navegou-se pela legislação brasileira vigente que trata da matéria, bem como pela doutrina de diferentes doutrinadores.

E uma confirmação marcante foi a de que as crianças e os adolescentes têm direito à convivência e devem ser colocados em família substituta, mediante guarda, tutela, curatela ou adoção sendo a última o modelo mais adequado, por ser o que mais se assemelha à família natural.

Confirmou-se, então, que, não sendo possível para uma criança e/ou adolescente encontrar, em seus pais naturais, as condições mínimas para seu desenvolvimento, ou na ausência destes, será através da adoção que se obterá uma família que a aceite, ampare, respeite e, acima de tudo, lhe ofereça amor.

Ao finalizar as considerações, admite-se que muito ainda poderia ser abordado aqui, mas devido à extensão do tema, limitou-se a esta sucinta exibição, reiterando o simples

propósito de propor o seu aprofundamento. Desse modo, afirma-se que a investigação não teve o intento de exaurir o tema, mas antes, o de contribuir para a racionalização das questões legais e sociais que discorrem sobre a família substituta no Brasil. Dessa maneira, finaliza-se com a certeza de que foi possível responder à problemática de forma satisfatória, de igual modo, a hipótese foi confirmada e os objetivos alcançados. Fica, pois, o desafio da continuidade da pesquisa.

REFERÊNCIAS

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. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BUARQUE, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa: conforme a nova ortografia**. 4. ed. Paraná: Positivo, 2009.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2000.

COMMAILLE, Jacques. **A nova família: Problemas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, Printed in Brazil, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

ELSEN, I. Cuidado familiar: uma proposta inicial de sistematização conceitual. In: ELSEN, I; MARCON, S. S.; SANTOS, M. R. dos (Orgs.). **O viver em família e a sua interface com a saúde e a doença**. Maringá: Eduem, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GOMES, Orlando; **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti; **Adoção internacional** – doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Lana Lage da Gama, VENÂNCIO, Renato Pinto. **O abandono de crianças negras no Rio de Janeiro**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Gilberto de Andrade; LINTZ, Alexandre. **Guia para elaboração de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Atlas, 1997.

MILANO, Ana Maria. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** Bookseller, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de adoção comentada**: Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. São Paulo: Mizuno, 2010.

ROMERA, Mário. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. Cadernos de direito da criança e do adolescente. Vol. 1. Malheiros. 1995.

SANTOS, Lucinete Silva. **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Vicentina, 2001.

SILVA, José Mônico da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

TORRES, Demóstenes. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Seep, s.d. .

_____. **Novo Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito da família**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

Documentos Eletrônicos

AOKI, Luiz Paulo Santos. **Comentando o ECA**. (2009). Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaeAdolescentes/tabid/7/ConteudoId/082077f5-91b3-4bfc-bdca-411cb141750c/Default.aspx>> Acesso em 28 de nov. 2011

BASTOS, Rosarinha. **Das espécies de colocação em família substituta: Da guarda**. Disponível em: <<http://www.soscriancaeadolescente.com.br/arquivos/guarda.pdf>> Acesso em 15 de ago. 2011.

BELTRAME, Martha Silva. **Os caminhos trilhados pelos sujeitos da adoção: o perfil, os problemas enfrentados e sua motivação**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id219.htm>> Acesso em 32 de set. 2011.

CENTA, Maria de Lourdes; ELSÉN, Ingrid. **Reflexões sobre a evolução histórica da família**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/refased/article/view/4878/3728>> Acesso em 3 de abr. 2011.

CORRÊA, Gleici Rosana dos Santos. **O serviço social no âmbito da prática judiciária: uma discussão acerca da medida de adoção na Comarca de Ananindeua**. Disponível em: <http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/monografias/SERVICO_SOCIAL_E_PRATICA_JUDICIARIA.pdf> Acesso em 8 de abr. 2011.

CUNHA, Matheus Antonio da. 2009. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>> Acesso em 3 de abr. 2011.

DAHER, Marlusse Pestana. **Família substituta**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1655>>. Acesso em 5 de abr e 28 de nov. 2011.

GIMENES, Dani. **Adoção, um ato de amor**. Disponível em: <<http://portalnippon.com/blogs/fugindo-da-hipocrisia/adocao-um-ato-de-amor.html>> Acesso em 25 de set. 2011.

LAGINSKI, Valdirene. 2003. **A adoção em face do Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.laginski.adv.br/artigos/adocao.htm>> Acesso em 12 de set. 20011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Colocação em família substituta: aspectos controvertidos**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 29 p.126-130. Artigo disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id202.htm>> Acesso em 16 de ago. 2011.

MONTEIRO, Lauro. 2007. **Há mães que realmente não querem seus filhos**. Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=159> Acesso em 22 de mai. 2011.

PEREIRA, Celso Lemes. **Mãe que abandona o filho: quem é esta mulher?** Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/nov2000/pagina8e9-Ju156.html> Acesso em 25 de mai. 2011.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. 2009. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792> Acesso em 18 de abr. 2011.

SANCHEZ, Leticia Lofiego. 2007. **A invisibilidade das mães biológicas no processo de adoção**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/A%20INVISIBILIDADE%20DAS%20MAES%20BIOLOGICAS.pdf>> Acesso em 22 de mai. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. 2006. **Doutrina - guarda de menores e responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-guarda-de-menores-e.html>> Acesso em 8 de ago. 2011.

STRIEDER, Inácio. (2010) **O conceito de família**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2206761>> Acesso em 04 de abr. 2011.

VALIKO, Fábila Andréa Bevilaqua. 2010. **Adoção à luz do estatuto da criança e do adolescente e do novo código civil.** Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/fabiaandreabevilaquavaleiko/adocao.htm>> Acesso em 15 de set. 2011.

VICENTE, José Carlos. 2006. **Adoção.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2918/Adocao>> Acesso em 21 de set. 2011.