

O Direito À Convivência Familiar E Comunitária Sob O Enfoque Do Eca (1)

José Lourenço Torres Neto*

1. INTRODUÇÃO.

O pensador e filósofo Friedrich Nietzsche afirmava que era no coração das crianças que começava o bem. No olhar obtuso de uma criança tudo é seguro e tudo é bom, por isso elas têm um sorriso eterno, afirmou em sua *A Gaia Ciência* (2004, p 91). A vida é que é o grande enigma. As crianças necessitam de chances. A Pastoral da Criança tem um slogan que diz: Se tiver uma chance, ninguém sabe aonde uma criança pode chegar. Cabe à sociedade proporcionar e preservar um universo de dignidade e respeito para elas. Esse universo se denomina inicialmente família, e posteriormente comunidade. As oportunidades deste universo não são caprichos ideológicos ou religiosos; são necessidades essenciais. Por isso têm subsistido ao longo da história.

A infância ou o sentimento de infância é um fenômeno histórico. Foi a partir da ação dos seres humanos que se produziu este sentimento que nos é tão caro atualmente. Ele somente passa a existir com a criação de um mundo das crianças diverso do mundo dos adultos. Isso significa estabelecer espaços de atuação privilegiada para cada um daqueles grupos, seja limitando o acesso de crianças aos jogos, brincadeiras e espaços tidos como destinados aos adultos, seja censurando ou limitando os adultos em sua conduta quando em contato com as crianças.

Todo o pensamento da sociedade contemporânea tem por referência a separação entre o mundo dos adultos e das crianças. A importância do estudo desta temática permitirá a compreensão da construção das diferentes percepções da sociedade sobre crianças e adolescentes além da própria construção do direito da criança.

No tema de estudo proposto, buscamos na doutrina jurídica os conceitos e a melhor compreensão dos detalhes deste direito essencial para as crianças e adolescentes: o direito à convivência familiar e comunitária, ficando nossa ênfase restrita à instituição da família, natural e substituta. Entendemos que os lentes desta matéria conhecem o direito, mas para melhor compreensão e aprendizado dos que recém ingressam no mundo jurídico não nos eximimos de transcrever o conteúdo, às vezes um pouco extenso da lei. Eis a razão de alguns textos serem reproduzidos em sua íntegra, bem como os textos normativos que também aqui foram transcritos, em sua maioria.

Analisando os artigos do ECA, verificamos que os mesmos obedecem princípios que se enquadram dentro da terceira geração dos Direitos. Sendo, como se sabe, a primeira geração, aqueles que tem como princípio a Liberdade e a segunda tem os princípios fundamentados na Igualdade.

Contudo, nesta terceira fase ou geração, o Juiz, no caso o Juiz menorista, tem como função principal a correção dos desvios detectados entre a realidade e as normas constantes no ECA e na Constituição Federal. Assim, o Juiz menorista deve analisar a realidade fática sob o prisma do Bem-Estar Social que será conquistado pelo menor de 18 anos, e em casos excepcionais, por pessoas entre 18 e 21 anos (vide arts. 2 e 6 do ECA).

Portanto, a análise que faremos do Capítulo III do ECA – Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária – levará em consideração o acima exposto artigo por artigo.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS

No início do estudo do ECA encontramos o Capítulo Terceiro dos Direitos Fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente que versa acerca do direito dos menores à convivência familiar e comunitária. Este capítulo tem algumas disposições gerais que compreendem os artigos de 19 a 24 que funcionam como uma introdução a esse assunto que passaremos a observar.

2.1. Artigo 19:

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

Com base expressa no caput do Art. 227 da CF de 1988, este artigo de uma forma ampla descreve a necessidade e a responsabilidade da família e da sociedade para com a criança e o adolescente.

Ao analisarmos as unidades familiares hoje existentes verificamos que elas têm sido marcadas pelas mudanças ocorridas nas sociedades humanas, no que diz respeito à tecnologia e a divisão social do trabalho, contribuindo para se apresentar com diversas composições e características. Nas relações cotidianas entre seus membros, há espaço de felicidade e de desenvolvimento, como também espaço de limitações e sofrimentos. Muitas vezes a família em vez que ser um refúgio seguro é o lugar que coloca em risco a segurança

física e emocional de seus membros. Quando a criança ou adolescente passa a conviver no seu seio com abuso sexual, espancamento, exploração sexual e do trabalho infantil, e fome entre outros, é identificada uma ameaça dos direitos básicos descritos no ECA, cabendo neste caso, uma intervenção. Apesar de o ECA ser tão jovem, ao considerarmos as medidas protetivas, ainda encontramos distância entre o que foi promulgado como direito na lei e o que está sendo vivenciado pelas crianças e adolescentes. Entre a medida de abrigo provisório e a colocação em família substituta existe uma grande lacuna, isto porque existem crianças e adolescentes que não possuem mais a possibilidade de serem reintegrados à família biológica e estão fora do perfil de adoção. De acordo com o legislador do ECA, não está só na responsabilidade da família a proteção da criança e do adolescente, cabendo esta proteção também à comunidade, à sociedade e ao Estado. Este deve possibilitar a concretização de políticas sociais de qualidade que venham a servir de apoio à família. No entanto, as políticas sociais no Brasil não vêm garantindo o acesso da população a serviços básicos como habitação, transporte, vestuário, educação e saúde. Destarte o país passa por grandes transformações.

Nos procedimentos da infância e juventude, a preferência é sempre de manutenção do menor junto aos genitores biológicos. Somente após acompanhamento técnico-jurídico verificatório da inexistência de condição dos genitores, inicia-se a colocação em lar substituto. As expressões forenses utilizadas são família natural para aquela originada dos genitores biológicos e família substituta para aquela concretizada pela guarda, tutela ou adoção. A criança ou adolescente tem direito de ser criado em ambiente livre de entorpecentes, podendo, no caso, ser adotada a medida do art. 130 do ECA (afastamento do genitor ou do responsável legal). Somente na hipótese de direitos fundamentais ameaçados ou violados do menor, permite-se a colocação em família substituta.

2.2. Artigo 20.

Sobre a igualdade de direitos dos filhos o Art 20 diz: “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”.

Este Art. 20 tem por fundamento o Art. 227, § 6º da Carta Magna que diz: “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. Até então, havia a odiosa diferenciação entre filhos legítimos (originados na constância do casamento) e ilegítimos, que acontece no caso de filhos adulterinos ou incestuosos”.

Segundo a sistemática adotada desde a formação do direito civil pátrio, a filiação podia ser legítima, ilegítima ou civil. Legítimos eram os filhos de homem e mulher casados entre si, ou que vierem a contrair matrimônio após o nascimento da prole (também chamados filhos legitimados pelo casamento posterior). Os filhos ilegítimos eram aqueles concebidos por homem e mulher não casados. Filhos ilegítimos podiam ser naturais ou espúrios. Naturais

quando os pais puderam casar; espúrios quando houver impedimento para o casamento. Os espúrios dividiam-se em adúlteros – quando não pôde haver casamento por ser casado um ou ambos os pais, e incestuosos – quando o impedimento for motivado por parentesco. O parentesco civil é aquele que resulta de adoção. Em termos de direitos hoje, todas essas definições situacionais não constituem mais nenhuma diferença.

Com respeito ao direito sucessório, o mesmo é idêntico ao dos filhos “legítimos, legitimados ou reconhecidos”. O adotado tem os mesmos direitos sucessórios que o filho natural (Art. 41, do ECA).

Em relação ao pátrio poder o Código Civil vigente fez da expressão “pátrio poder” denominar-se “poder familiar” (Capítulo V – Arts. 1.630 e segts).

Miguel Reale justifica tal alteração: “E isto se repetiu nos poderes conferidos aos cônjuges, em absoluta igualdade, razão pela qual, como já foi dito, propus, e foi aceito pelo Senador Josaphat Marinho, que, em vez de pátrio poder, se falasse em ‘poder familiar’, que é uma expressão mais justa e adequada, porquanto os pais exercem esse poder em função dos interesses do casal e da prole”. Contudo, como o Estatuto não foi alterado, por isso ainda pode utiliza-se a expressão pátrio poder.

2.3. Artigo 21.

Sobre a igualdade de exercício do pátrio poder o Art. 21 diz: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O Pátrio Poder após o advento da Carta Magna de 1988 (Art. 226, § 5º da CF/88) e, especialmente, depois da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, é exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, assegurando-se a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Assim o conceito de pátrio poder pode ser resumido no conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.

São características do pátrio poder (poder familiar): a) irrenunciabilidade - dele os pais não podem abrir mão, pois é um dever-função, a cargo dos pais, que não podem subtrair-se ao dever de proteção dos filhos; b) indisponibilidade – o pátrio poder é indisponível, uma vez que para o menor ele é imprescindível, pois lhe garante o recebimento da assistência devida; c) imprescritibilidade – é um direito imprescritível, pois se trata de ações de estado as quais são imprescritíveis (instituição fora do comércio), de ordem pública. Nada impede,

todavia, que os pais percam o pátrio poder, temporária ou definitivamente (ver Art. 27 do ECA), portanto, o estado de filiação é imprescritível. No caso da investigação de paternidade, ainda que não queira o pai, uma vez reconhecida a paternidade deve assumir do pátrio poder com as conseqüências que lhe são inerentes, se o filho não atingiu a maioridade ou não foi emancipado; d) direito de proteção – deve ser exercido em prol do menor, com o objetivo de protegê-lo, em todo o sentido, para o seu pleno desenvolvimento; e) temporariedade – o pátrio poder cessa quando o menor atinge a maioridade, atualmente, 18 anos ou pela emancipação (Art. 5º, CC).

2.4. Artigo 22.

Sobre as obrigações dos genitores o Art. 22 diz: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesses destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Este artigo possui fundamental importância para a Justiça da Infância e Juventude. A grande maioria dos casos que chegam à vara de menores versa sobre conduta incompatível dos genitores biológicos. Isto em decorrência de descumprimento dos deveres básicos na criação de crianças e adolescentes.

São obrigações dos genitores aquelas elencadas no CC, in verbis: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

2.5. Artigo 23.

Este artigo exclui a pobreza como causa de perda de pátrio poder, como diz: “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”.

A pobreza dos genitores não constitui fator para perda do pátrio poder. Os programas de auxílio a família e ao menor normalmente são de responsabilidade do Poder Municipal. O Código de Menores ainda previa esta possibilidade no art. 45, I e § 2º, I, b: “ainda que eventualmente, em razão de: ... b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las”.

2.6. Artigo 24.

Sobre a suspensão, destituição e extinção do pátrio poder (ou poder familiar) este artigo diz: “A perda e a suspensão do pátrio poder 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. 22”.

Há que se respeitar o princípio do contraditório também descrito no Art. 5º, LV, da CF/88.

A perda do pátrio poder para ser decretada deve estar de acordo com as regras do ECA e com o Código Civil.

Nos casos de conduta omissa dos pais diante de suas obrigações previstas no artigo 22, acima mencionado e no Art. 1.638 do CC acarretará a destituição ou perda do pátrio poder conforme diz este postulado: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai, ou mãe que: I- castigar imoderadamente o filho. II - deixar o filho em abandono. III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

O descumprimento das obrigações de sustento, proporcionando condições mínimas de habitação, higiene etc., da guarda, com a fiscalização da conduta dos menores, bem como da educação, fornecendo a escolarização necessária, pode levar à destituição do pátrio poder. Nesses últimos casos, caberá ao Juiz decidir qual medida aplicar.

A suspensão do pátrio poder ocorre somente por expressa disposição de lei, como diz o artigo Art. 1.637, do Código Civil – “Se o pai ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão”.

Nos casos de condenação a suspensão atinge toda a prole e nos demais casos pode atingir um ou alguns dos filhos.

A extinção ocorre conforme a descrição do artigo 1.635 do CC: Consoante o regime codificado, extinguirá o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art.5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638. Na adoção, na verdade, há apenas uma transferência do titular do poder familiar.

3. FAMILIA NATURAL

Após estas disposições vistas tão detalhadamente, artigo por artigo, modificaremos nossa abordagem nos estudos das questões seguintes para fazê-lo de forma temática, como seja, a família natural e a família substituta. Iniciaremos com a família natural, seguindo a ordem proposta pelo legislador no aludido Estatuto.

O artigo 19 das Disposições Gerais do ECA visto anteriormente, dispõe que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado do seio de sua família”. Já o artigo 25 do ECA conceitua ao que vem a ser família natural: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seu descendentes”.

Não se faz mais distinção entre família legítima e família ilegítima, apesar desta já não existir mais, pois a união estável é reconhecida como uma entidade familiar. Daí quando o ECA dispõe, expressamente, o direito a convivência está buscando o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. É na família que se dá o primeiro passo para um desenvolvimento emocional equilibrado. A família exerce uma grande influência sobre seus membros. Vejamos o Artigo 26: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único – o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

Agora algumas noções sobre o reconhecimento de paternidade.

3.1. A filiação em face da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 226, a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado. Esta tem origem na união entre homem e mulher, seja de modo formal, resultante de casamento, seja naturalmente. A união estável, aliás, é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar (Art. 226, § 3º).

Os filhos são o resultado comum do relacionamento entre sexos opostos. Ao gerar sua prole, o homem sofre conseqüências no âmbito do direito. O nascimento de uma criança reflete uma série de obrigações para seus genitores. É dever constitucionalmente imposto aos pais o de assistir, criar e educar os filhos menores.

Há que se ressaltar que, além da filiação biológica ou natural, que é aquela que resulta da concepção, há também a filiação sociológica, que surge com a adoção.

A relação existente entre o filho e as pessoas que o conceberam é chamada de filiação. Para Silvio Rodrigues, “filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivesse gerado” (2002, p. 323). Leciona Pontes de Miranda, que “a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para com qualquer dos genitores” (1971, p. 367). Destaca ainda, Caio Mário, que “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida” (1979, p. 211).

Além disso, como veremos mais detalhadamente adiante, a adoção corresponde ao ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da isonomia entre filhos, houve uma equiparação total, que acabou por fulminar aquelas diferenciações. E, além disso, também equiparou os filhos adotivos aos biológicos. Assim reza o Art. 226, § 6º da Carta Magna: “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”. O Código Civil de 2002, em seu Art. 1.596, segue a mesma redação deste dispositivo.

Obviamente há diferença entre filho havido do casamento, aquele havido fora das núpcias e o adotivo. Inexiste, por vedação constitucional e legal, diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e feitos diferenciados pela origem da filiação.

Assim é que, para os filhos originados de uma relação conjugal, a lei estabelece uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, criam-se critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, por fim, para os adotados, são estabelecidos requisitos e procedimento para a perfilhação.

3.2. Reconhecimento de paternidade.

A filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, Arts. 1.561 e 1.617). Entretanto, cabe destacar que a presunção da paternidade, nos casos acima elencados, é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (Art. 1.601, CC). Firma o Código a presunção de que é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido. Pai, até prova em contrário por ele próprio, produzida, é o marido.

Os filhos havidos fora dos períodos legais não são atingidos pela presunção firmada pelo Art.1.597.

Com relação à maternidade, até a pouco, não havia qualquer problema, haja vista que era facilmente demonstrada pelas inequívocas figuras da gravidez e do parto. No entanto, com o avanço científico, principalmente pela chamada “barriga de aluguel”, a questão da maternidade passou a ser alvo de indagações.

A paternidade, por sua vez, segue a regra jurídica de que *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*. Contudo, esta presunção legal é meramente relativa, podendo, portanto, ser afastada.

A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, afasta a presunção de paternidade. O mesmo não ocorre com o adultério, pois ainda que este seja confessado, não basta para ilidir tal presunção.

A confissão materna também não é suficiente para excluir a paternidade.

Por fim, vale salientar que o direito do marido contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher é imprescritível, podendo tal ação, uma vez contestada, prosseguir com seus herdeiros, caso venha aquele a falecer. Aqui cabe ressaltar que o Código Civil de 1916 previa prazos decadenciais. O atual Código Civil vigente tornou os prazos imprescritíveis.

3.3. A Família na Constituição Federal.

Toda pessoa descende de uma família e é no seio desta família que, em regra, deve ser criada. Tamanha a importância que se conferiu à sociedade familiar, que ela é tida como a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Ademais, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Mas não é só. Entende-se, também, como entidade familiar à comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Art. 226, caput, e §§ 3º e 4º da CF).

Sintonizado com a alteração da composição familiar, fenômeno que vem se operando mais acentuadamente desde a segunda metade deste século, o constituinte alargou o raio de abrangência do conceito de família, não mais de referindo ao casamento como seu pressuposto básico.

Porém, o termo “família” deve ser entendido no seu sentido restrito, como aquela instituição constituída entre os pais ou qualquer deles e seus descendentes. Ou seja, a família natural cinge-se à relação pais, ou pai ou mãe, e filho (Artigo 27, ECA).

Não obstante tal reconhecimento, o certo é que, em dadas circunstâncias, nem sempre é possível à manutenção do menor em sua família de origem, na família de sangue, embora esta deva ser a regra, pois toda a criança ou adolescente tem direito a ser educado no seio de sua família e, somente em hipóteses excepcionais, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (Art. 227, caput, CF e Art. 19, ECA).

Presente a hipótese excepcional, e visando a preservação do direito básico do menor à convivência familiar, é que se busca uma outra família, cuja existência subordina-se à falta daquela principal (natural), que lhe substitua e lhe faça às vezes. Surge, então, a família substituta.

Uma pessoa que pretenda inserir alguém com menos de 18 anos de idade, que não seja seu filho, em sua família, poderá fazê-lo por meio da guarda, da tutela ou da adoção (Art. 28, caput, ECA), que se constituem nas espécies de colocação de menor em família substituta.

3.4. A Posição do Menor no Âmbito Familiar.

Em reconhecimento à condição do menor como pessoa em desenvolvimento, naturalmente imaturo, portanto, é que se confere um protetor, uma pessoa que deverá zelar por todos os assuntos de seu interesse, até que ele possa, por si só, administrar sua pessoa e seus bens, enfim, praticar atos jurídicos.

De maneira geral, quem exerce esse papel de protetor do menor são seus pais. Contudo, à falta ou impossibilidade deles, o exercício deste mister será conferido a um terceiro.

Como todas as pessoas, os menores também interagem na sociedade, praticando atos que poderão ter repercussão jurídica, os atos jurídicos (Art. 81, CC). A essa capacidade de praticar atos da vida civil, à capacidade de adquirir direitos e assumir obrigações, juridicamente se denomina de capacidade jurídica.

Doutrinariamente, subdivide-se a capacidade jurídica em capacidade de negócio e capacidade de direito, segundo a escola alemã. “A capacidade de direito é essa a que me tinha referido, é a capacidade de ter direitos e obrigações, que o homem tem desde que

nasce até que morre, e a capacidade de negócios é a capacidade de exercer o próprio direito de dispor dele, de praticar atos jurídicos”.

Pois bem. O menor, para efeitos jurídicos, dependendo de sua idade, será considerado absolutamente incapaz ou relativamente incapaz. Isto é, não poderá praticar qualquer ato jurídico ou poderá praticá-los, desde que devidamente representado ou assistido (Art. 142, ECA, e Art. 84, CC).

Tal incapacidade, ou tal limitação da capacidade de negócio é suprida atribuindo-se a alguém, maior e capaz, poderes de decidir pelo menor ou de auxiliá-lo na tomada de uma decisão, para evitar que, por força de sua natural inexperiência, ele venha a praticar atos que lhe sejam prejudiciais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que os menores de 16 (dezesseis) anos serão representados e os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos serão assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil e processual (Art. 142). O artigo 84 do Código Civil, em outros termos, assim já dispunha, ao prever que as pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes, pelas pessoas e nos atos que este Código determina.

A partir deste momento já se podem identificar as pessoas incumbidas da proteção ao menor na prática dos atos da vida civil. Os pais (Artigo 384, do Código Civil), o tutor (Artigo 426, I, do Código Civil) e o curador (Artigo 453, do Código Civil).

No seio de sua família natural o menor será protegido pelos pais. Já na família substituta ele será protegido pelo tutor ou pelo adotante, que, após o trânsito em julgado da sentença que confere a adoção, assume a figura do pai.

A posição do guardião é sui generis na família substituta, pois ele não é considerado representante legal do menor, mas mero responsável por ele. Ou seja, é 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 (parágrafo único, do Artigo 2º, do Código de Menores - revogado).

Embora a princípio não seja considerado representante legal, ao guardião poderá, excepcionalmente, ser judicialmente conferida tal qualidade para a prática de atos determinados (Art. 33, § 2º, ECA), como, por exemplo, ato de gestão patrimonial. “Propaga-se seu ineditismo, por outorgar ao guardião o direito de representação, antes privativo do tutor e do curador”.

O que é fundamental que se tenha em mente é que o reconhecimento da incapacidade do menor de 21 anos é uma medida que visa sua proteção, por serem eles pessoas em desenvolvimento.

4. FAMILIA SUBSTITUTA

Família substituta é 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 e nela se desenvolva.

Nela, a criança (ou adolescente) vai passar a ser membro desta família que generosamente a acolhe, que livremente a quer entre os seus, dispensando-lhe tudo de que precisa, sobretudo, amor. Em se tratando de adoção, passará a ter todos os direitos e deveres do filho de sangue. Até porque, tanto a Guarda como a Tutela podem ser revogadas, mas a Adoção é para sempre.

Como já fora exposto anteriormente, a colocação de um menor em uma família substituta, obedece a uma condição de excepcionalidade, como bem define o Art. 19 do ECA, pois somente na hipótese de seus direitos fundamentais serem ameaçados ou violados, é que este permite ser levado a uma família substituta.

Levar um menor a uma família substituta, é um ato condicionado por uma serie de condições e/ou requisitos, dentre outros, a condição de orfandade (pai e mãe) por parte do menor, na suspensão, destituição ou extinção do Pátrio Poder. E essa perda do Pátrio Poder, será decretada judicialmente ao pai e/ou mãe por uma das razões anteriormente expostas (vide comentários aos artigos 22, 23 e 24).

No entanto, é sempre bom ressaltar que a pobreza não leva a perda o Pátrio Poder, mas transformar o filho menor em pedinte profissional (praticante da mendicância), sim.

Como podemos observar no artigo Art. 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada. § 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida”., as formas de colocação em uma família substituta dar-se de três formas, a saber: guarda, tutela ou adoção; e isso segundo critérios, entre eles, a oitiva do menor.

Com relação à faixa etária, há um limite de idade de até 18 anos para guarda e tutela, o que não existe para a adoção.

Ressalvamos, que em casos excepcionais poderá ser dado a guarda para menores de 21 anos.

Apesar dos critérios estabelecidos no parágrafo segundo do artigo acima, o Juiz menorista não amarra suas decisões ao estrito teor da lei. Desta forma, o Juiz poderá optar por uma família substituta fora da linha de parentesco, após analisar aquelas e constatá-las inadequadas. Até porque o indeferimento por parte do requerente dar-se tanto por

incompatibilidade da pessoa com a medida requerida (avô que deseja adotar o neto), assim como o ambiente familiar inadequado.

Uma vez sendo implementada a medida de forma legal, a família substituta não poderá efetuar transferência sem que haja autorização judicial.

Esse impedimento faz parte do artigo auto-explicativo a seguir: 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”.

Outra condição de excepcionalidade é encontrada no Artigo 31 que segue: “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”. Esse artigo deve ser entendido de forma excludente. Ou seja, quando não mais se apresentarem alternativas para colocação do menor em uma família brasileira será dada opção a uma família estrangeira. No entanto, há se entender que a análise sempre é feita caso a caso, portanto, permite que sob determinadas condições, o fluxo seguido não seja exatamente esse.

Finalizando essa subseção, temos o artigo 32, também transcrito, cuja função é de comprometer os novos responsáveis com suas novas funções. E obriga-los, também moralmente, na transformação de menor em “gente”: Art. 32: “Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem por embasamento a proteção integral da criança e do adolescente, segundo o direito fundamental de que cada um deles deve ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (Art. 19, ECA e Art. 227, CF). Assim, as três formas estabelecidas de colocação de criança e de adolescente em família substituta: guarda, tutela e adoção (Art. 28, ECA) é o que passaremos a estudar melhor.

4.1. Guarda.

A idéia de guarda traz os atributos de vigilância e amparo. Quem guarda detêm e protege. A guarda, hoje, é a forma mais corriqueira e mais simples de colocação em família substituta. Ela evita as internações de crianças e de adolescentes, ou seja, os abrigos em entidades, como medida específica de proteção (Art. 101, VII, ECA). Mas nem sempre foi assim. No passado todo abandono transitório ou definitivo do filho menor era fato gerador de guarda, como instituto do Direito de Família ou do Direito do Menor.

O Código de Menores de 1927, no seu Art.27, afirmava que guardião era o encarregado da guarda do menor, não sendo seu pai, mãe ou tutor, tem por qualquer título a

responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia.

O Código de Menores de 1969, no seu Art. 2º, parágrafo único, asseverava o que era menor em situação irregular e que era responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação do menor, ou voluntariamente de ato judicial. A guarda era regrada no seu Art. 17, II, como forma de colocação em lar substituto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu Art. 19, determina, repetimos, que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. E uma das formas é a da guarda. Tal é previsto na Constituição Federal em 1988, também, com regulamentação no Estatuto (Art. 227, caput, CF, e Arts. 19, 33 a 35, ECA).

A guarda como objeto desta seção, é regrada, especificamente, nos artigos 33 a 35, e genericamente nos artigos 28 a 32, todos do ECA.

Para todas as formas de colocação em família substituta, independe a situação jurídica em que se encontre a criança ou o adolescente. Assim, tanto faz se está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Aliás, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder, hoje, poder familiar, como já vimos anteriormente nas Disposições Preliminares e que inclui também a guarda (RTJ 48/427; RT 406/274), segundo jurisprudência. Para a concessão da guarda, não é necessário existir a condição obrigatória de perda ou suspensão do poder familiar (art. 23, ECA), que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção (arts. 36, parágrafo único, 41 e 169, ECA).

Como o fim do instituto visa à proteção integral da criança e do adolescente, o interesse destes deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva deles (Art. 28, § 1º, ECA).

Da mesma maneira, para que a criança ou o adolescente sinta-se como se fosse membro da família, mesmo que substituta, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade (Art. 28, § 2º, ECA) serão levados em conta, a fim de que sejam evitadas ou minoradas as conseqüências decorrentes da medida.

Ainda, sob o mesmo princípio doutrinário, a guarda não será deferida à pessoa que demonstre, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza do instituto ou que não ofereça ambiente familiar adequado (Art. 29, ECA).

A medida não permite, salvo com autorização judicial, transferência da criança ou do adolescente, mesmo para entidades, governamentais ou não (Art. 30, ECA).

Não é admitida a guarda para família substituta estrangeira (Art. 31, ECA).

E, por fim, estabelece a Lei que o guardião deve prestar o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo através de termo nos autos do procedimento (Art. 32, ECA). Tal é despendendo, tendo em vista a proteção devida à criança e ao adolescente.

Estas são condições legais gerais sobre o instituto da guarda, que deverão ser acatadas em qualquer pedido realizado.

4.1.1. Conseqüências da Guarda:

A jurisprudência dominante tem afirmado que "a guarda não é a essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder", hoje, poder familiar (RT, 554/209, 575/134; RJTJESP, 109/280, 121/277; RDTJRJ, 1/79; RTJ 56/53). Assim, a guarda é atributo do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde. Daí se conclui que a guarda pode existir sem o poder familiar, assim como esse poder pode ser exercido sem guarda.

São várias as conseqüências, portanto, do instituto da guarda:

Ela não pressupõe a prévia suspensão ou destituição do poder familiar, pois não é incompatível com este, como já visto.

Quanto às obrigações do guardião, estão presentes a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (Art. 33, 1ª parte, ECA; e Arts. 1.566, IV, 1.589, CC), conferindo a eles a condição para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário (Art. 33, § 3º, ECA), o que deve ser entendido como exemplificação, pois nada impede que o guardião, legitimamente, promova ação indenizatória por ato ilícito (Arts. 186 e 187, CC).

A guarda, indo mais longe, confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (Art. 33, 2ª parte, ECA; 1.566, IV, CC).

Assim, como na tutela e na adoção, a guarda gera obrigações pessoais, indelegáveis e intransferíveis (Art. 30, ECA).

4.1.2. Objetivos da Guarda.

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou de adolescente (Art. 33, § 1º, início, ECA), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta,

como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (Art. 33, § 1º, início, ECA), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (Art. 33, § 1º, fim, ECA) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (Art. 33, § 2º, ECA).

4.1.3. Tipos de Guarda.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, consta que se pode classificar a guarda em: permanente (duradoura, definitiva) e temporária (ou provisória).

É permanente (ou duradoura, definitiva) 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 (Arts. 33, § 1º, início e 34, ECA). Nesse sentido, são os regramentos para o Poder Público estimular a guarda de órfão e abandonado (Art. 27, § 3º, VI, CF; Art. 34, ECA). Deste modo, não envolve a situação jurídica maior, do que assistencial, não gerando direito sucessório, portanto.

É temporária (ou provisória) quando visa a atendimento de situação limitada ou por termo ou por condição, não sendo, assim, um fim em si mesmo (Art. 167, ECA). Finda quando se realiza o termo ou condição. Pode ser liminar, para regularizar situação de posse de fato, ou seja, guarda de fato de criança ou de adolescente pura e simples, com vistas a uma situação jurídica futura. Ou pode ser incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, também para regularizar posse de fato ou com vistas a uma situação jurídica futura. E, ainda, pode ser especial, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, com o possível deferimento de direito de representação para a prática de atos determinados. Este tipo tem previsão, ainda, no Art. 167, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando possibilita ao Juiz concedê-la.

A primeira é mais duradoura e se esgota em si mesma, sem que seja decretada para buscar outra situação jurídica, tutela ou adoção, que não quer o guardião nem lhe pode ser imposta. E o interesse do menor, criança ou adolescente, é satisfeito com a colocação dele em família substituta. Já as demais são de menor duração e se exaurem quando se realiza ou se obtém uma situação peculiar ou se procede a um ato determinado.

4.1.4. Considerações e Procedimento.

A guarda não pode nem deve ser para um só fim, devendo ser para todos os efeitos legais. Assim, a guarda para fins de assistência médica ou para fins de participar de sociedade recreativa ou para fins previdenciários etc., não deve subsistir. A guarda visa a maiores fins que não os simples listados.

A revogabilidade da guarda pode ocorrer por ato judicial fundamentado, ouvido, sempre, o Ministério Público (Art. 35, ECA). Assim, inexistente trânsito em julgado material da decisão concessiva da guarda, pois pode ser revista a qualquer tempo (Art. 35, ECA), em face de sua natureza (Art. 168, ECA).

A oposição dos pais gera o procedimento contraditório, com citações dele para que contestem a ação, dentro do princípio do contraditório e da mais ampla defesa (Seção II, Capítulo III, Título VI, ECA).

A guarda por pessoa que está sob o mesmo teto com a criança e a mãe pode ser um ato jurídico simulado, para alguns. Porém, o estudo social do caso, por equipe interdisciplinar, se possível, poderá demonstrar o equívoco da premissa (Arts. 161, § 1º, e 167, ECA).

Muitas vezes será impossível dissociar a guarda do poder familiar, o que deverá ser verificado pelo estudo de caso.

Quanto aos procedimentos, duas são as formas procedimentais apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: uma de jurisdição administrativa, sem lide; outra, contraditória, com lide (Arts. 165 a 170, ECA).

A primeira ocorrerá nas situações em que os pais forem falecidos, já tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem anuído ao pedido de guarda, podendo ser feito o pedido diretamente em Cartório, pelos requerentes, sem a presença de Advogado, portanto.

A segunda surgirá quando houver discordância quando implicar suspensão ou destituição do poder familiar, estas como pressupostos lógicos da medida principal de colocação em família substituta, que será contraditória. Tal pode se aplicar à guarda, se esta for pedida e se enquadrar numa dessas condições.

Em resumo, qualquer pessoa, de qualquer estado civil, salvo estrangeiro (Art. 31, ECA) poderá pedir a guarda, preenchidos os requisitos gerais (Arts. 19 a 24 e 33 a 35, ECA) e específicos do instituto (Art. 165, ECA).

Assim, poderá a criança ou o adolescente, que não possua mais sua família natural, ter uma família. Essa, mesmo substituta, virá preencher a falta de pai ou mãe ou familiares, onde a afetividade e o atendimento serão supridos por pessoas plenas de sentimentos de solidariedade.

4.2. Tutela.

O conceito de tutela pode ser descrito como: proteção, a assistência instituída, em benefício de alguém. É o encargo legal que é conferido a determinada pessoa juridicamente capaz de velar pela pessoa e bens de um menor ou de um interdito.

Esse conceito é sob ponto de vista jurídico, pois a tutela é a instituição estabelecida por lei para proteção dos menores órfãos, ou sem pais, que não possam por si só dirigir suas pessoas e administrar seus bens, em virtude do que lhes dá uma assistente ou um representante legal chamado tutor.

De acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente a tutela se definirá a pessoa de até 21 anos incompletos e seu deferimento implica na perda ou suspensão do pátrio poder e no dever de guarda.

A tutela é um instituto milenar, que sofreu com o tempo evolução tendo hoje como objetivo primordial à proteção do incapaz.

A tutela terá como conteúdo os poderes – deveres que integram o conteúdo do poder paternal, morrendo os pais ou na impossibilidade de exercerem a função de pátrio poder, interfere o estado para transferir o encargo de zelar pela criação e educação do menor e administração de seus bens, este poder será instituído a terceiro para que zele pela pessoa de um menor, dessa forma colocando-o em família substituta de modo definitivo.

Diferente da adoção a tutela visa suprir a carência de representação legal, tanto que o Código Civil dispõe sobre as pessoas que devem assumir tal múnus na ausência de seus genitores.

A tutela também se destina a que os irmãos ou avós possam ter a representação legal do menor, já que a lei pela proximidade sanguínea não permite adoção (Art. 42 §1º, ECA).

A tutela é considerada a medida mais adequada quando ocorre perda ou suspensão do pátrio poder, pois a criança ou adolescente mantém os vínculos com seu grupo familiar ampliado e com a comunidade cultural que iniciou sua vida. Esta medida diferentemente da adoção, preserva a identidade originária da criança, seu nome e de sua família. Diferentemente da adoção, que institui psicossocialmente e juridicamente, uma nova família e novos vínculos.

4.2.1. Formas de Tutela.

As formas de tutela previstas são: a Testamentária – aquela que vem consignada em testamento ou qualquer documento autêntico exprimindo a vontade dos pais (Art. 1729 e parágrafo único do CC). A Legítima - na falta do testamento fica a tutela incumbida aos

parentes mais próximos do menor, na forma estabelecida no Art. 1731 do CC. A Dativa – quando não houver tutor testamentário ou legítimo, ou quando forem excluídos, escusados ou removidos, recaindo assim o encargo em pessoas estranhas aos laços consangüíneos (esta ocorre com maior freqüência) (Art. 1732, CC).

4.2.2. Ordem de Nomeação.

Afere-se a existência de dois posicionamentos: Primeiro, a prevalência da ordem estipulada no CC: Não há razão para que faça a inversão da ordem de nomeação legal de tutor desde que não ocorra ou se demonstre uma razão bastante forte que a recomende no interesse do menor (Acórdão unânime da 4º câmara do TJRJ, de 18-10-76, Ap 2.230, Rel. Dês Oswaldo Goulart).

Segundo, a prevalência do interesse do menor: “A ordem legal de nomeação de tutor, prevista no Art. 409 do CC (correspondente ao Art. 1.731 do CC/00) sede ante ao interesse do menor. Dita ordem foi instituída provendo uma hipotética equivalência de condições dos candidatos nunca observada na pratica” (Ac. Unânime da 4º Câmara do TJRJ 18-10-76. Ap 2.659, Rel. Dês Cavalcante de Gusmão).

Nos inclinamos pelo segundo posicionamento. O ECA, ao adotar a doutrina da “proteção integral” protege sempre o interesse do menor. Dessa forma se amparado o menor por pessoa não elencada no Art. 1.731 do CC deve ser deferido o pedido da tutela sempre que atender aos interesses do menor.

4.2.3. Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar é um órgão responsável pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, definidos na Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Este órgão é permanente e autônomo, não jurisdicional, ou seja, é um órgão público, criado por Lei, que está sujeito ao ordenamento jurídico do País, mas é uma entidade pública que não integra o Poder Judiciário. Vincula-se ao Poder Executivo, sendo representado pela Prefeitura dos municípios.

É um tipo de serviço público de interesse local, deve ser criado de acordo com os Artigos 227 §7º e 204 da Constituição Federal. Segundo o ECA, cada município deve ter um Conselho Tutelar, composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitindo uma recondução. Em caso de necessidade, pode ser

criado tantos Conselhos Tutelares quantos forem necessários. Os conselheiros eleitos devem agir em atendimento das crianças e dos adolescentes que tiverem seus direitos violados, que forem vítimas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Exigindo e aplicando medidas de proteção, determinando que o município disponha a favor das crianças e adolescentes educação, saúde, assistência social e segurança.

Cada conselheiro tem o dever de assistir, criar e educar as crianças e adolescentes. Assistir é promover o atendimento das necessidades básicas, que são indispensáveis para que a dignidade humana seja garantida; Criar é reunir condições para o desenvolvimento pessoal no caminho de sua plenitude como ser humano; Educar é orientar no sentido de aquisição de hábitos, usos e costumes, na integração da sociedade.

Há três requisitos gerais para todo o País, para ser candidato ao conselho tutelar: ter idoneidade moral; idade superior a vinte e um anos; e residir no município. O número de conselheiros é aprovado por Lei Federal, nos termos do Art. 24, XV, §1º e Art. 30, I, II e V, a lei municipal não pode contrariá-la. Cinco serão os membros eleitos de cada conselho tutelar.

A competência do conselho tutelar é o seu limite funcional, o conjunto das atribuições previstas no Art. 136 do ECA, e territorial, os locais de atuação do serviço público por ele prestado à população.

Suas decisões não se subordinam a nenhum órgão. Se alguém discordar da decisão do conselho, pode recorrer à Justiça da infância e da juventude, que é competente para rever as decisões do Conselho Tutelar, conforme o Artigo 137 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.3. Adoção.

A adoção é a ação de adotar; de tomar, aceitar e receber como filho. O processo de adoção de crianças no Brasil já foi muito complexo, demorado e burocrático. Hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, e com o pleno funcionamento do Juizado da Infância e da Juventude, principalmente nas capitais e nas grandes comarcas, tudo ficou mais simples, mais rápido e funcionando com especiais medidas de segurança para todas as partes envolvidas se comparado com as medidas passadas.

A adoção objetiva preservar a continuidade da família, para tanto, traz uma pessoa estranha a um novo núcleo familiar através de uma ficção jurídica, na condição de filho.

A nossa Ordem jurídica prever duas modalidades para o instituto da adoção: Primeiro, a adoção civil – regulada pelo Código Civil e referente aos adotandos maiores de dezoito

anos de idade. Segundo, a adoção estatutária – regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e referente, em regra, aos adotandos menores de dezoito anos de idade.

Doravante, abordaremos apenas a adoção estatutária, devido aos objetivos deste estudo, sendo certo que faremos menções ao Código Civil, assim como da Constituição Federal, mas nada que comprometa o entendimento e aprendizado.

4.3.1. Conceitos de Adoção.

Entendemos que ao iniciarmos uma pesquisa sobre um dado instituto jurídico, torna-se necessário, primeiramente, discorrermos acerca da conceituação do mesmo um pouco mais.

Destarte, importante se faz anotarmos o que trata a Encyclopaedia Britannica do Brasil, em seu Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, a respeito da adoção: “Adoção- 1. Ação ou efeito de adotar. 2. Aceitação legal como filho; perfilhamento...”

Por sua vez, ainda nas linhas da obra supracitada, adotar recebe o seguinte tratamento: “Adotar- ... 6. Legitimar, Perfilhar; Tomar por filho. ...”

Dentro de uma perspectiva jurídica e dentre as inúmeras conceituações dadas à adoção, destacamos os sábios ensinamentos do Prof. Antônio Chaves, transcritas em sua obra Adoção, que faz a seguinte menção: “Podemos então defini-la como ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeito limitado e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue. (CHAVES, 1995. p.23)”.

Contudo, claras e transparentes são as palavras do advogado Alex Sandro Ribeiro, em seu artigo Adoção no Novo Código Civil, que traz o conceito abaixo exposto: “Na nova dinâmica legal, trata-se a adoção do ato jurídico bilateral, constituído em benefício essencialmente do adotando, irretratável e perpétuo depois de consumado, que cria laços de paternidade e filiação, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes, entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”.

Nós arriscamos-nos a dar um conceito ao instituto, sem a pretensão de superar os demais, assim como esgotar o tema, entregando humildemente as mãos às palmatórias das futuras críticas e avaliações, conquanto ao peso assumido, entendemos ser a adoção um ato jurídico de ordem pública, de consentimento bilateral ou unilateral, irrevogável, que gera, entre adotante ou casal de adotantes e adotando, uma relação idêntica à que resulta da paternidade e filiação consangüínea, criando um vínculo correspectivo dos direitos e deveres do pátrio poder e do estado de filiação, dando ao adotando status de filho legítimo e revogando todos os seus laços jurídicos quanto à família anterior.

4.3.2. Natureza Jurídica.

De grande controvérsia é a discussão que rodeia a natureza da adoção dentro do âmbito do Direito.

Segundo alguns doutrinadores o instituto em análise tem a gênese contratual. Comungam com este pensamento vários juristas, como nos mostra o Prof. Wilson Donizeti Liberati, em sua obra *Adoção Internacional*, onde expõe: “... Entendem eles que o ato é bilateral tendo o seu termo, mútuo consenso das partes, produzindo, a partir daí, os efeitos pretendidos e acordados com plena eficácia entre as partes. Dentre eles, destacam-se Eduardo Espínola, Euvaldo Luz, Gomes de Castro...”.

No entanto, o Prof. Arnaldo Marmitt, em sua obra *Adoção*, explana que: “Pelo relevante conteúdo humano e social que encerra, a adoção muitas vezes é um verdadeiro ato de amor, tal como o casamento, não um simples contrato”.

Neste diapasão o mesmo autor entende que a adoção é de natureza do Estado, tratando-se de um instituto de ordem pública, como textualiza, na obra supracitada: “Na adoção sobressai a marcante presença do estado, estendendo suas asas protetoras ao menor de dezoito anos, chancelando ou não o ato que tem status de ação de estado, e que é instituto de ordem pública. Perfaz-se uma integração total do adotado na família do adotante, arredando definitiva e irrevogavelmente a família de sangue”.

No que diz respeito à natureza jurídica da adoção, nós entendemos que a corrente que defende a linha de raciocínio do instituto como ato estatal de ordem pública, mais se aproxima dos ideais do ECA e quiçá do próprio Ordenamento Jurídico

Última alteração em 05-10-2007 @ 02:23 pm

*Estudante de Direito

Disponível em: <
<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=53>
>. Acesso em: 23 ago. 2007.

Anúncio provido pelo BuscaPé

Internet
Neste site

BuscaPé, líder em comparação de preços na América Latina