

Colocação de crianças ou adolescente em família substituta

Leonardo Ribeiro*

Família Substituta.

O Antigo Código Civil, que regulamentava as relações jurídicas dos indivíduos, era exemplarmente vincado pelo conteúdo patrimonialista e grande parte destas relações, tutelavam a família patriarcal, "composta de indivíduos proprietários" ¹ fundada na segurança jurídica do matrimônio civil. No entanto, ao longo do tempo, valores sociais e estatais foram modificando – se.

Em linhas gerais, os valores estatais foram convertidos num Estado de Bem – Estar Social, cuja intervenção na esfera privada é uma das características e foi uma das causas que provocou a gradativa diminuição do espaço ocupado pelo Código Civil de 1916.

O Direito de Família, cujas normas têm correlação estreita com a realidade social, absorveu as situações pré – normativas que trouxeram mudanças significativas no instituto familiar. As funções que a família desenvolveu por longo período de tempo foram sendo perdidas, desaparecendo umas, debilitando – se outras, na medida em que a grande família vem cedendo passo à família nuclear, sendo esta centrada na tríade pai/mãe/filho. Onde a família passa assumir relevo a partir do século XIX e a primeira metade do século XX. Ela deixa de ser unidade proposta para fins econômicos, políticos e religiosos e assume o perfil de grupo de companheirismo e lugar de afetividade ²

Os membros – pais e filhos – estão ligados, não por laços de subordinação, mas sim por laços de afeto, amor e colaboração em todos os aspectos da vida cotidiana. Sendo assim, num processo de ajuste, necessário frente a estas constantes transformações sociais, de diploma legal único, o Código civil brasileiro passou a dividir espaço com legislação afeta

as relações jurídicas específicas. A regulamentação da vida privada foi gradativamente sendo descodificada.

Ou seja, a edição de um número grande de leis especiais provocou uma verdadeira descentralização do sistema de direito privado, ausente na perspectiva dos idealizadores da codificação, excluindo o monismo existente no Código de 1916, em atendimento às emergências sociais.

Com a promulgação da Constituição de 1998, elaborada com valores do Estado do Bem-Estar Social, regulamentou relações antes restritas ao Código Civil: Família, propriedade e contrato. Este fenômeno de constitucionalização, da transferência da tutela das relações privadas para a esfera constitucional, além de representar uma modificação no modo de examinar as relações jurídicas de cunho particulares, provocou outra relevante modificação. Pois, com o advento do Princípio da Proteção à dignidade da pessoa humana, no art.1º, III da Constituição Federal ³uma vez consagrado como tal, passa a vincular todas as instituições com status constitucional.

Assim, gozando de privilégio hierárquico, a Constituição Federal serve de trilho no qual deve ser seguida as outras normas, estas não podem ter existência legítima se com ela contrastarem.

Desta forma, a resolução de qualquer caso concreto, devia (e deve) ser pautada nos valores e interesses agora tutelados pela Carta Magna, sob pena de não encontrar amparo para aplicação, pois, neste momento a solução das controvérsias não poderia mais ser resolvida levando em conta simplesmente o artigo da lei que a continha e o resolveria, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico e, em particular, de seus princípios fundamentais.

Diante destas transformações, foi promulgada a Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro, a qual instituiu o Novo Código Civil Brasileiro, cujo mentor principal foi o Professor Miguel Reale e tem influência direta do Código Alemão, o BGB, diferentemente do Código de 1916, de inspiração francesa, através do Código Francês, também denominado Código da

Burguesia, e veio a representar a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perder da memória o valor supremo da pessoa humana.

1.1. Breve Conceito de Família.

Após a formulação desta nova concepção de valores, onde a tutela da dignidade da pessoa passa a ocupar o centro das preocupações constitucionais, refletindo diretamente em novos valores orientadores das relações familiares. Levando a família pós – Constituição a ter novos parâmetros, além de ser informada por intensas transformações sociais, abrigo agora a pluralidade de modos de formação de família e a multiplicidade de tipos familiares. Tais aspectos colocaram na seara jurídica famílias como: As não matrimonializadas, monoparentais, fundadas em laços de parentesco consanguíneo ou civil, respeitadas as instruções constitucionais.

Tendo a família o importante dever de ser a célula mater da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular, não poderia ser justo que sua abrangência e definição fossem tão limitadas como queria o Código Civil de 1916. Pois, a única forma de se constituir uma família era pelo casamento civil, o qual recebeu robustos 149 (cento e quarenta e nove) artigos (do 180 ao 329). Sendo assim, as relações de fato surgidas fora do casamento, possuíam um status de concubinato, sem possuir qualquer reconhecimento legal, mesmo os chamados concubinatos puros (união entre pessoas sem impedimento para o matrimônio). Além disso, os filhos havidos fora do casamento recebiam a conotação de ilegítimos, não podendo ser reconhecidos mesmo que os pais assim quisesse.

Após a Constituição, o conceito de família ganha uma nova roupagem passando a figurar como a união pelo afeto, visando à satisfação de todos os membros, ou seja, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

Os exemplos desse novo paradigma são citados pela própria Constituição Federal, ao reconhecer como entidade familiar também a união estável (art. 226, parágrafo 3º) e a família monoparental (art. 226, parágrafo 4º), e a jurisprudência e a doutrina que já consagram como família e não mais como sociedade de fato, a União Homoafetiva,

reconhecimento este, q implica na competência das Varas de Família, e não mais as Varas Cíveis, para apreciar os feitos a ela relacionados.

Como título de ilustração, mostraremos os seguintes julgados:

"HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA". (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº. 598362655, 8a CAMARA CIVEL, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000).

"RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMILIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE

DISCRIMINACAO DE QUALQUER ESPECIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO". (TJRS, CCO Nº. 70000992156, 8a CAMARA CIVEL, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 29/06/2000).

Alem disso, já se reconhece como unidade familiar a pessoa solitária e a unidade formada por vários parentes, por exemplo, aquelas formadas apenas por irmãos. Como se vê nestes julgados:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência". (STJ, REsp n. 205.179-SP, DJ de 07.02.2000).

"EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº. 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº. 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles". (STJ, REsp n. 159.851-SP, DJ de 22.06.98).

Uma das provas mais claras de que os legisladores entenderam qual é o verdadeiro conceito de família, esta na Lei 11. 304 de 07 e Agosto e 2006, que apesar de ser um mecanismo para coibir a violência domestica e familiar contra as mulheres, serve como exemplo para mostrar o conceito de família moderno:

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Alem de, no próprio texto constitucional, no seu artigo 226, diz que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado..."

1.2. Quebra do núcleo familiar.

Sabemos que a família é o núcleo parental composta de membros unidos por laços de amor e afeto. E que, uma das funções do pai e da mãe é unir esforços para educação e bem estar dos filhos, é o que preceitua o ECA no art. 4º⁴No entanto, a família atual, aquela que separou – se do sistema patriarcal onde os pais possuem direitos e deveres iguais para com seus filhos, estes não exercem mais o controle sócio-cultural e ético-religioso dos filhos, o mercado, a mídia, a informática, assumiram grande parcela da educação das crianças e adolescentes, que não mais atentos aos ensinamentos de sua família, mas aos programas de televisão. Neste contexto, a família está se dissolvendo gradualmente. Pais estão se separando por questões múltiplas: financeira, divergências pessoais, traição, conflito entre os parentes, e inclusive devido aos filhos. Os filhos não respeitam mais os pais, não correspondem mais na escola, valorizam mais o ensinamento apresentado entre os amigos que ao dos pais.

Neste sentido, ao longo dos últimos anos percebe – se um aumento acentuado do numero de pais e mães que procuram os Conselhos Tutelares para sanar os problemas de relacionamentos familiares. Há ainda os casos das mães que geram filhos sem a menor condição emocional e financeira e que chegam ao ponto de abandonarem estas crianças em orfanatos, igrejas e ate mesmo na rua. Ainda, existem inúmeros casos de crianças e adolescentes que resolvem abandonar seus lares, seja por sofrer maus – tratos em suas casas, ou ate mesmo pra seguir os tortuosos caminhos que a rua lhes mostra.

Foi então, visando abarcar tais situações que o ECA criou institutos que administram e supervisionam o poder familiar nestes casos, dando apoio e prestando sanção contra aos pais negligentes com o cuidado destes, ou até mesmo, colocando – os em Famílias Substitutas, nas formas de Guarda, Tutela e Adoção.

1.3. Família Substituta.

"Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais do próprio lar uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante desta, e que nela se desenvolva e seja" ⁵ nbsp; servindo – se da estabilidade emocional proporcionada por um lar estável. Estas famílias, por ato de generosidade, demonstração de desprendimento e capacidade de se doar, entendem a necessidade da prioridade em dar uma família a estas crianças e adolescentes. Muitas vezes abdicando de seus próprios afazeres, em prol da compaixão.

O termo substituto vem do latim substitutus, é o vocábulo empregado na linguagem corrente no mesmo sentido de substituinte: indica a coisa ou a pessoa que substitui em seu lugar outra coisa, ou outra pessoa.

Já na linguagem jurídica, substituto é o que participa ou realiza uma substituição. Vindo a ocupar ou se pondo no lugar do que foi substituído.

Sendo assim, ao assumir a posição de substituta, a família que receber esta criança ou adolescente em seu lar assumirá todos os deveres e direitos inerentes àquela família

original. Os deveres previstos no art. 227 da CF e repetidos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, em relação aos filhos, estas famílias também assumem o direito de dirigir – lhes a criação e educação (art. 1.634, I, do CC DE 2002); tê - los em sua companhia e guarda (art. 1.634, II); conceder-lhes ou negar – lhes o consentimento para casar (art. 1.634 III); nomear – lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou, sobrevivo, não puder exercer o poder familiar (art. 1.634 IV); representá – los, ate os 16 anos, nos atos da vida civil e assistindo – lhes após esta idade nos atos em que forem parte, suprindo – lhes o consentimento (art.1. 634 V); reclamá – los de quem ilegalmente os detenha (art. 1. 634 VI); exigir que lhes prestem obediência, respeito e os próprios de sua idade e condição (art. 1.634 VII). Na órbita patrimonial, compete – lhes também a administração dos bens dos filhos, bem como o usufruto dos referidos bens (art. 1.689 a 1.693 do CC de 2002).⁶

E certo que, estes efeitos sobre a ingerência na vida da criança ou adolescente, serão maiores ou menores a depender do tipo de colocação em família substituta (eventual, transitória e permanente). Assim, por exemplo, nos casos de adoção, que possui caráter permanente, a família substituta assumirá a totalidade de direitos desta (art. 1.6634 do CC de 2002).

No entanto, se assume temporariamente a posição de família substituta, também restrito estarão os direitos que irá exercer. Assim, se posta uma criança ou adolescente sob a guarda de uma família, poderá esta exercer todos os direitos que não importarem maior disposição alem da própria assistência material e moral e a educação dos pupilos (...)⁷

Um dos casos, é de que a família detentora da guarda é vedado nomear tutor ao seu pupilo, seja por testamento ou por documento autentico, uma vez que, o poder familiar dos pais originários ainda não foi afastado.

Alem disso, o ECA impôs limitações ao poder jurisdicional, que fica adstrito a escolher entre as opções de guarda, tutela ou adoção, não podendo criar uma outra situação jurídica, por mais interessante que lhes pareça para sanar a solução que se lhe apresente. Desta

forma, esta garantindo aos pretensos candidatos conhecerem as regras que norteiam cada instituto.

Vale destacar que:

A compreensão do art. 28 do ECA, não pode ser feita de forma dissociada do art. 19 e 23 (disposições gerais relativas ao direito à convivência familiar e comunitária), e destes artigos devem ser destacados os princípios que antecede qualquer consideração sobre a colocação em família substituta, quais sejam 1) a criança e o adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta; 2) a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do pátrio poder. ⁸/p>

Esta precedência que o legislador trouxe para o ordenamento tem guarida na Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, e correspondem aos estudos feitos a respeito da influencia para o desenvolvimento do ser humano que o convívio com as figuras parentais trás para as crianças.

Nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo em questão, rezam que a criança e o adolescente, sempre que possível, devem ser previamente serem ouvidas e sua opinião devidamente considerada, e que nos casos de crianças pequenas, que se encontrem meios para colher suas opiniões, seja através de assistentes sociais ou psicologias. Estes artigos reforçam a necessidade da manutenção com a família originária, e não apenas com os pais biológicos. Na esperança de que se mantenham os vínculos que serão indispensáveis para a formação do caráter destes, bem como na elaboração de seu caráter e o respeito a sua historia.

Vale lembrar que, no art. 29 há uma vedação legal impeditiva de colocação em família substituta que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não desfrute de ambiente familiar adequado

Embora nos pareça desnecessária tal lembrança, entretanto, ao tornar um mandamento legal, gerou a obrigação de investigar – se a família substituta, e no caso de detectar qualquer coisa que impossibilite a essa família desempenhar os deveres de vigilância,

educação, assistência material, moral, de efetivamente opor – se aos pais naturais, quando perigosa ou pernicioso a proximidade destes, pode o magistrado negar o pedido.

Neste rol, encontram – se aqueles que já foram destituídos ou suspensos do pátrio poder ou que tiverem suspensos, por violência ou abuso contra criança ou adolescente (art. 19 do ECA), bem como aqueles aqueles condenados irrecorivelmente por tráfico ou uso de entorpecente (art. 19 do ECA), ou que revelem, por qualquer modo, perversão sexual, ou condutas moralmente reprováveis, segundo os padrões do meio em que vive a criança ou adolescente, e , de igual modo, encontram – se também aqueles que achma – se envolvidos em seria contenda familiar, inclusive com agressões mutuas, ou unilaterais, evidenciando a desestabilidade do lar que pretende recepcionar a criança ou adolescente ⁹

Assim, imprescindível é que este trabalho seja minuciosos e amplo, que seja acompanhado por psicólogos, assistentes sociais e todos os auxiliares de que a Justiça dispõe, indagando junto à vizinhança da pretensa família guardiã, adotante ou tutora, sobre suas condições de desempenharem suas funções de substituta de forma eficaz. Além de que, deve –se analisar a relação da Criança ou Adolescente com seus guardiões.

Estas medidas serão tomadas para tentar proporcionar à criança ou adolescente uma vida familiar, compatível com suas necessidades e direitos, sobrepesando os interesses da criança em detrimento ao dos adultos.

O art. 30 do ECA diz que as obrigações decorrentes da guarda, da tutela ou adoção são indelegáveis e irrenunciáveis. Observa –se que embora estas obrigações sejam irrenunciáveis e indelegáveis, a guarda e a tutela não o são, o que significa que a qualquer tempo pode o guardião ou tutores renunciar ao exercício da guarda ou da tutela, desde que renuncie expressamente ou, no caso da tutela, escusar – se de logo. Do contrario, responderam pelo encargo destes institutos, não podendo nem mesmo delegar a terceiros ou instituições os cuidados com estas crianças ou adolescentes, sem autorização judicial.

Estas medidas servem para impedir que a criança ou adolescente, seja tratado com displicência, sendo deslocado ou removido a todo tempo por interesse dos adultos, sem que possa encontrar a estabilidade e os vínculos que já foram rompidos com sua família natural,

e que são os principais objetivos para que seja posto em família substituta. Estas rupturas são sempre bastante traumáticas e dolorosas, e sua repetição pode ser deletéria pra o desenvolvimento da pessoa.

¹ LÔBO, Paulo Luis Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.), O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva 1989. P. 64.

² VIANA, Marco Aurélio S. Da Guarda, da Tutela e da Adoção (No Estatuto da Criança e do Adolescente), p. 17.

³ Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III. A dignidade da pessoa humana;

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

⁵ DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>>. Acesso em: 30 set. 2007 .

⁶ OAKI, Luis Paulo Santos. Família Substituta. In: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Munir Cury (coordenador) . São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 126.

⁷ OAKI, Luis Paulo Santos, idem., p. 126.

⁸ BECKER, Josefina Becker. _____. In. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Munir Cury (coordenador) . São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 135.

⁹ OAKI, Luis Paulo Santos, op. cit., p. 136

* Estudante do 10º Semestre, das Faculdades Jorge Amado, Salvador Bahia. Estudante do 10º Semestre, das Faculdades Jorge Amado, Salvador Bahia.

Disponível em:

<http://www.webartigos.com/articles/2555/1/colocacao-de-criancas-ou-adolescente-em-familia-substituta/pagina1.html>

Acesso em: 15 maio 2008.