

■ Criança e adolescente: sujeitos de direitos fundamentais

Camila Bressanelli*

* Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada.

Criança e adolescente

Os antecedentes históricos

Para o estudo dos direitos da criança e do adolescente, é de fundamental importância que se faça uma breve retrospectiva histórica, no ordenamento jurídico brasileiro, no afã de compreender de que forma foram positivados esses direitos ao longo do tempo. Trata-se de um relato sucinto, especialmente relativo à mudança de paradigmas doutrinários, e comportamentais, que a família e, mais especificamente, as crianças e adolescentes vivenciaram na sociedade brasileira.

Utilizar-se-á, para tanto, como marco inicial, o Código Civil de 1916. Para compreender suas tendências e melhor analisar o seu conteúdo, é essencial observar a forte influência que os ideais burgueses oriundos da França provocaram no contexto brasileiro.

Aquela sociedade de 1916 era, por essa razão, eminentemente burguesa, patrimonialista, patriarcal, matrimonializada, hierárquica e heterossexual. Portanto, pode-se afirmar que os reflexos jurídicos dessa situação social eram essencialmente marcados pela noção de poder aliada à noção de propriedade.

É nesse sentido que a tríade do Direito Civil se formou, baseada no trânsito jurídico, através da possibilidade de se negociar pela formação contratual. Ademais, e como segundo pilar, a família; esta, como se disse, oriunda apenas do casamento, que era a única forma de constituição familiar reconhecida pelo Estado. E no terceiro vértice estava a propriedade, como forma de demonstração de *status* social.

Tendo em vista o contexto, o direito positivado assumiu essas características, especialmente no Código Civil em comento.

Este material é parte integrante do acervo do IESDE BRASIL S/A.,
mais informações www.iesde.com.br

No que tange aos direitos da criança e do adolescente, o direito brasileiro foi marcado por dois documentos importantes: os Códigos de Menores, de 1927 e de 1979. Nesses códigos, o legislador brasileiro buscou disciplinar a situação das crianças e adolescentes em situação de irregularidade ou de abandono, ou por terem cometido qualquer ato infracional. Portanto, não havia proteção à pessoa, como sujeito, mas sim como objeto da tutela do Estado. A perspectiva tutelar, vigente durante tantos anos no ordenamento jurídico brasileiro somente sofreu alteração de perspectiva no final do século XX.

Foi com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 que as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direito e, portanto, pessoas que têm direito a ter direitos. Passou a vigorar a perspectiva protecionista, adstrita à proteção do ser humano de forma integral.

Além disso, através da promulgação do texto constitucional, passou-se a verificar o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, pelo qual todo o ordenamento privado foi reinterpretado, à luz dos comandos constitucionais, mormente pelos princípios que passaram a ter função interpretativa relevante e primordial, para garantir ao direito positivado a adaptação às mudanças sociais.

Nesse contexto, os direitos da criança e do adolescente já estavam sendo discutidos, em esfera mundial, em função da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança. O texto da convenção foi ratificado pelo Brasil, através do Decreto 99.710, de 21 de maio de 1990.

Foi então que, em seguida, e justamente em função da participação do Estado brasileiro nas discussões da referida convenção, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8.069, de 13 de julho, do mesmo ano de 1990, de conteúdo bastante similar ao da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, aquele paradigma tutelar proposto pelos Códigos de Menores, de 1927 e 1979, saiu definitivamente do contexto sociojurídico brasileiro, para a consagração da plenitude dos direitos humanos de crianças e adolescentes, e da consequente perspectiva de proteção a essas pessoas.

A consagração da Doutrina da Proteção Integral, no direito brasileiro, visa à garantia de completude no atendimento dos interesses de crianças e adolescentes. Mais precisamente no texto constitucional, o legislador cuidou de inserir os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, e da

absoluta prioridade, em seu artigo 227, *caput*. Trata-se do artigo¹ que consagrou a cláusula geral² de proteção aos direitos de crianças e adolescentes, e que será analisado mais especificamente em seguida.

O Código Civil de 2002 e a mudança de paradigmas na sociedade brasileira: a tríade do Direito Privado; a reconstrução do princípio e a segurança jurídica

Após a entrada em vigor da Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, e do consequente fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, houve, de fato, uma alteração interpretativa no ordenamento privado. Todo o Código Civil de 1916 teve que ser relido à luz dos mandamentos constitucionais.

Essa nova postura, entretanto, não foi unânime por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Muito se discutiu a respeito, contrapondo-se os argumentos da necessidade de se redigir um novo Código Civil, ou se o Código até então vigente, poderia permanecer em vigor, apenas com as revogações oriundas da Constituição, e com as novas formas interpretativas.

Em que pese a divergência acerca do assunto, o fato é que o Código Civil de 1916 somente foi substituído com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no ano seguinte, em 2003.

O conteúdo desse Código, embora ultrapassado em determinadas previsões, e desatualizado, por falta de previsão de diversos conteúdos presentes na sociedade contemporânea, nasceu iluminado pelos princípios constitucionais da isonomia entre o homem e a mulher, da pluralidade familiar, da afetividade, e da igualdade entre os filhos.

Aquela tríade inicial, da sociedade de 1916, e que foi refletida no Código Civil, mudou bastante com o advento de Código em comento. A família não era e não é mais, apenas, a família advinda do matrimônio, mas sim plural, diversificada, monoparental, reconstituída, enfim, diversificada e fundada, sobretudo, na afetividade como forma de vinculação parental.

Os contratos não eram, e não são mais, a pura representação do trânsito jurídico de outrora, mas o reflexo da função social que necessariamente têm que desempenhar. E a propriedade, igualmente, não serve mais apenas e tão somente como forma de exercício de poder, com o fito de acumulação para a

¹ É assim o teor do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

² A denominação "cláusula geral" é utilizada no sentido de cláusula que contém comandos interpretativos. Ou seja, através de uma cláusula geral, consegue-se dar ao caso concreto uma solução mais apropriada e que vai levar em consideração as suas particularidades, proporcionando uma interpretação mais próxima as necessidades apontadas. Diferentemente, quando há a previsão através de cláusulas específicas, a aplicação da lei ao caso concreto fica muito mais restrita e, por essa razão, por vezes, pode não ser apropriada.

demonstração de *status* social, pois deve, também, obedecer ao mandamento da necessária função social.

A noção de segurança jurídica foi significativamente alterada. Antes da Constituição Federal de 1988, a visão dos operadores do direito era bem mais positivista, adstrita apenas ao texto da lei, quando da resolução dos casos concretos. Em contrapartida, com a sua inserção no ordenamento brasileiro, a segurança jurídica está em resolver os casos concretos a partir de cláusulas gerais, cláusulas abertas e que aceitam as mais diversas interpretações, tendo em vista as particularidades de cada caso.

O fato é que a família assumiu dimensão publicizada: ou seja, interessa para o Estado que a família tenha seus direitos fundamentais garantidos de forma plena, e que as crianças e adolescentes oriundas dessas famílias também tenham, inclusive sob pena de responsabilização, quando o Estado for omissor nesse sentido.

Portanto, para compreender o conteúdo do Código Civil de 2002 no que tange à família e, mais propriamente, à criança e ao adolescente, é essencial passar-se à análise desses princípios, de forma a demonstrar de que maneira eles propuseram uma mudança de paradigmas tão significativa no direito brasileiro. É o que fará em seguida.

³ O artigo 226 da Constituição Federal estabelece o seguinte: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1.º [...]. §2.º [...]. §3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. §6.º [...]. §7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. §8.º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

A inserção constitucional

A inserção constitucional e o tratamento no Estatuto aos interesses de crianças e adolescentes

A cláusula geral de proteção à família e aos direitos da criança e do adolescente: artigos 226 e 227 da Constituição Federal

Como visto, o texto da Constituição Federal propôs uma grande abertura na interpretação de antigos comandos, na esfera do Direito Privado. Os artigos 226 e 227 caracterizaram-se, quando da inserção no ordenamento brasileiro, como verdadeiras cláusulas gerais de proteção aos interesses da família, e de crianças e adolescentes, respectivamente.

Em atenção ao artigo 226³, alguns parágrafos foram realmente muito significativos, a começar pelo §3.º que, ao reconhecer a união estável como

forma de constituição familiar, consagrou a afetividade como princípio constitucional. Portanto, a afetividade, que é diferente de afeto⁴, passou a ter tutela jurídica. Basta a simples vontade de constituir família, de permanecer de forma contínua e duradoura, para que esteja caracterizada a família, ou entidade familiar⁵.

A pluralidade familiar manifestou-se, também, pelo reconhecimento e tutela jurídica das famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

A isonomia⁶ entre homem e mulher, já referida no artigo 5.º do texto constitucional, apareceu, também, e especificamente, nesse artigo 226, para destituir a figura do pai como chefe da família. A autoridade, as decisões e as atribuições do pai e da mãe passaram a ser as mesmas e em igual proporção. A mulher saiu da figura de colaboradora do marido, conforme previa o estatuto da mulher casada⁷, e passou a integrar a direção conjugal, junto com o homem.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, consagrada no ordenamento brasileiro através do artigo 1.º, inciso III, como corolário dos direitos humanos no direito interno, como cláusula geral de proteção à personalidade humana, apareceu também nesse artigo 226, para transferir para a família a responsabilidade de bem conduzir as atribuições oriundas do exercício do poder parental. Inclusive o planejamento familiar, expressamente, ficou atribuído ao casal, conferindo ao Estado o papel de colaboração, no sentido do dever a ele estabelecido de propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse planejamento familiar.

Em seguida, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 trouxe a proteção dos direitos da criança e do adolescente, como já dito. Através do *caput* desse artigo, observa-se a menção a diversos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, elencados de forma não taxativa e com o objetivo de inserir no contexto legal brasileiro a ideia de que essas pessoas são sujeitos de direito, e, por razão, dotados de direitos fundamentais que devem ser respeitados incondicionalmente.

Os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente apareceram neste texto de forma a consagrar a Doutrina da Proteção Integral, tendo sido estabelecida essa proteção especial⁸ no §3.º, do artigo em comento, com o objetivo de salvaguardar em qualquer circunstância a prioridade no tratamento de questões relacionadas a crianças e adolescentes, e garantir a proteção ao ser humano em desenvolvimento, com integralidade.

⁴ Trata-se, o afeto, da demonstração de bem querer, ou seja, a mera manifestação de carinho; entretanto, com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, esse afeto ganhou tutela jurídica, consagrando-se o princípio constitucional da afetividade.

⁵ A expressão entidade familiar foi utilizada pelo legislador constitucional quando se referiu às famílias constituídas a partir da união estável e também às famílias monoparentais. A doutrina mais inovadora, a exemplo de Maria Berenice Dias, entende que não há qualquer distinção entre essas expressões, caracterizando, dessa forma, família e entidade familiar como expressões sinônimas (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**).

⁶ Artigo 5.º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]".

⁷ Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962.

⁸ Artigo 227, §3.º "O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins".

⁹ As Leis 9.975/2000, 10.764/2003 e 11.829/2008, são exemplos desta postura de proteção. A primeira inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente tipificação penal à prática de exploração sexual infantil. A Lei de 2003 protegeu os direitos de personalidade de crianças e adolescentes e tipificou as condutas de divulgação de imagens de conteúdo sexual envolvendo crianças e adolescentes. E a Lei 11.829, de 2008, buscou aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet

¹⁰ É assim o teor dos artigos 1.º, 3.º e 4.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: Artigo 1.º - "Essa Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente"; Artigo 3.º - "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade"; Artigo 4.º - "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".

Esse artigo previu em seu §4.º a postura do Estado no sentido de coibir e punir qualquer prática de abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes. Diversas ações têm sido tomadas nesse sentido no ordenamento jurídico-social brasileiro, através de campanhas nacionais de proibição da exploração sexual infanto-juvenil e edição de leis especialmente voltadas à tipificação de condutas de violência e de abuso sexual contra crianças e adolescentes⁹.

Pela proteção constitucional a crianças e adolescentes, o legislador constitucional estabeleceu o princípio da igualdade entre os filhos, não havendo distinção de qualquer natureza em relação à filiação biológica, unilateral, adotiva. Inclusive, a proteção à adoção, como forma de estabelecimento da relação paterno e materno filiais, apareceu no texto do artigo 227 e sofreu recente alteração, provocada pela entrada em vigor da Lei 12.010/2009, a Lei Nacional da Adoção.

A doutrina da proteção integral e os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente: artigos 1.º e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente

A referida Doutrina da Proteção Integral, como se viu, consagrou no direito brasileiro os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, e também o da prioridade absoluta, já comentado, quando da análise do texto constitucional.

Em seguida, essa proteção foi inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8.069/90, especialmente nos seus artigos 1.º, 3.º e 4.º, que protegeram a criança e o adolescente como sujeitos de direito e estabeleceram a garantia dos direitos fundamentais desses indivíduos com prioridade absoluta¹⁰.

Importante ressaltar que as crianças são as pessoas até os doze anos de idade, e os adolescentes são as pessoas que têm entre doze e dezoito anos.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente

A disposição acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, no texto do Estatuto sob exame, não é taxativa. Seria impossível admitir que o legislador faria uma previsão de direitos fundamentais, de forma exaustiva, visto que o ser humano é complexo, e complexos e imutáveis, portanto, são os direitos que emanam da sua existência.

Portanto, o texto do Estatuto tem caráter exemplificativo nessa seara, tendo sido previstos expressamente os direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Para a garantia de eficácia do direito à vida e à saúde, o Estatuto prevê a efetivação de políticas sociais públicas, bem como o atendimento à gestante e todos os cuidados provenientes da gestação no período que compreende a gravidez e o momento posterior, no sentido de minorar através de acompanhamento psicológico os efeitos do estado puerperal.

Com relação à proteção dada pelo Estatuto, aos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, verifica-se através da leitura dos artigos 15 a 18 o tratamento a crianças e adolescentes como sujeitos de direito¹¹.

O direito à convivência familiar

A disciplina jurídica do direito fundamental à convivência familiar, a que tem direito toda criança e todo adolescente, sofreu significativas alterações a partir da Lei Nacional da Adoção, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. Esse assunto está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, do artigo 19 ao 32, e também no Código Civil de 2002, nos artigos 1.596 ao 1.617 e 1.630 ao 1.638.

¹¹ Artigo 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

Família natural e família substituta

Deve-se entender, como dito, que o direito à convivência familiar é um direito fundamental, de titularidade de qualquer ser humano, especialmente dos seres em desenvolvimento (crianças e adolescentes), que, justamente pela situação em que estão, de formação comportamental e intelectual, necessitam ter a partir dessa convivência a apreensão dos seus valores essenciais. É, portanto, a partir da vida saudável no núcleo familiar que crianças e adolescentes levam para a vida adulta as noções de cidadania, de respeito e de convivência harmônica na esfera social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente fez menção expressa à proteção ao direito à convivência familiar como fundamental, ao estipular que a preferência é sempre pela convivência da criança e do adolescente junto à família natural¹². Entretanto, é bom salientar que essa preferência somente se justifica quando a família natural oferece condições de cuidado, de educação, enfim, de boa formação do indivíduo em crescimento.

Quando essa convivência sadia não for possível, e em grau de excepcionalidade¹³, previu o legislador a possibilidade de inserção da criança e/ou do adolescente em família substituta, através das modalidades de guarda, tutela ou adoção, conforme se verá em seguida.

O artigo 19 sob exame, especialmente em função das alterações provocadas pela Lei Nacional da Adoção, propôs dois grandes desafios para o direito brasileiro. O primeiro foi através da estipulação de que toda criança que estiver inserida em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, pela guarda, tutela ou adoção.

E, ainda, estabeleceu que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Parece realmente desafiadora a proposta, tendo em vista que no Brasil existem mais de oitenta mil crianças em abrigos, sendo que apenas oito mil delas estão em condições de serem adotadas¹⁴.

¹² Conforme o §3.º, do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³ Acerca da excepcionalidade da inserção em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente, esclarece, em seu artigo 19: "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".

¹⁴ Conforme o estudo realizado pela Associação dos Magistrados brasileiros, através de um levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede SAC do Ministério do Desenvolvimento Social, de 2003.

Ademais, e ainda seguindo na análise das alterações da Lei Nacional da Adoção, há que atentar para a inserção literal do princípio constitucional da isonomia, garantindo-se expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seus artigos 20 e 21, respectivamente, a igualdade entre os filhos e entre homem e mulher no exercício do poder familiar¹⁵.

O dever de sustento previsto no artigo 22¹⁶ do Estatuto aparece nessa legislação em decorrência do exercício do poder familiar, entretanto não se pode confundir o dever de sustento oriundo da relação de poder-dever parental, até que a pessoa complete os 18 anos, com o dever de sustento oriundo do dever assistencial entre os parentes.

O fato de o poder parental acabar quando a pessoa sob guarda e sustento atinge a maioridade civil não exime os pais, parentes e responsáveis do dever de alimentar, justamente porque nas relações familiares que estão norteadas pelo princípio da solidariedade familiar existe o dever assistencial que decorre dos laços de parentesco, e esse dever é imprescritível, incondicionado e, inclusive, recíproco. Pode ocorrer, portanto, de alguém de 20 anos de idade necessitar de pensão alimentícia, em atenção ao trinômio da possibilidade de quem paga, necessidade de quem recebe e proporcionalidade entre esses dois outros elementos; ou de um avô, de 80 anos de idade, também necessitar de ajuda financeira, em atenção ao mesmo fundamento jurídico: o dever assistencial entre parentes, previsto no Código Civil de 2002, no artigo 1.694¹⁷.

Perda e suspensão do poder familiar

As hipóteses de perda e suspensão do poder familiar são taxativas e excepcionais, estando previstas no ordenamento brasileiro para situações extremas em que a criança ou o adolescente sofra realmente risco na sua integridade psicofísica. A disciplina jurídica desse assunto está nos artigos 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.635 ao 1.638 do Código Civil de 2002.

Quando da verificação de alguma das hipóteses que ensejariam a perda ou a suspensão do poder familiar, a tentativa é, sempre, de manter a criança e o adolescente no seio familiar natural. Entretanto, e através da inserção da Lei Nacional da Adoção, essa família não é apenas a família nuclear, formada pelo pai e pela mãe, mas sim a família estendida, com dimensão de pluralidade, conforme já havia previsto a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o artigo 25¹⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente alargou o conceito de família estendida, possibilitando o direito à convivência familiar salutar.

Este material é parte integrante do acervo do IESDE BRASIL S/A.,
mais informações www.iesde.com.br

¹⁵ A expressão pátrio poder, substituída em todo o Estatuto da Criança e do Adolescente pela expressão poder familiar, na verdade já havia sido derogada quando da entrada em vigor da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, mas somente apareceu revogada expressamente pelas alterações da Lei Nacional da Adoção. A doutrina jurídica mais positivista aguardava essa revogação expressa, muito embora não fosse necessária, tendo em vista o mandamento constitucional da isonomia.

¹⁶ Artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

¹⁷ Artigo 1.694, do Código Civil de 2002: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. §1.º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. §2.º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia".

¹⁸ Artigo 25, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade".

¹⁹ Artigo 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. §1.º 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. §2.º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. §3.º 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 consequências decorrentes da medida. §4.º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. §5.º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar; §6.º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal, II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Nessa mesma linha, e em respeito novamente a esse direito fundamental, o legislador previu o reconhecimento do estado de filiação, em seus artigos 26 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 1.607 ao 1.617 do Código Civil de 2002.

Esse reconhecimento é direito personalíssimo e, portanto, indisponível, intransferível, imprescritível e incondicionado.

Percebe-se, em vários momentos do Estatuto em comento, que a opção pela família substituta é sempre a opção subsidiária, já que se tenta primeiramente manter a criança ou adolescente no seio da sua família natural, inclusive dando preferência não apenas aos laços de consanguinidade, mas de afinidade e afetividade.

Na hipótese de colocação da criança ou adolescente em família substituta, eles serão ouvidos necessariamente se levando em consideração seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, conforme o artigo 28, §§ 1.º e 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse mesmo artigo 28¹⁹, percebe-se a preocupação do legislador com a manutenção da identidade familiar, através da recomendação da não separação (quando da colocação em família substituta) dos grupos de irmãos e da identidade cultural, quando a criança que estiver sob adoção for de comunidade indígena ou quilombola.

Guarda, tutela e adoção

Esse assunto tem disciplina jurídica nos artigos 33 ao 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, e nos artigos 1.566, IV, 1.583 ao 1.590; 1.634, II, 1.618, 1.619, e 1.728 ao 1.766 do Código Civil de 2002.

A guarda está prevista mais especificamente nos artigos 33 ao 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e destinação à regularização da posse de fato, nos processos de tutela e adoção, excetuando-se nas hipóteses de adoção por estrangeiros.

Excepcionalmente, a guarda é conferida fora dos casos de tutela ou adoção somente nas hipóteses em que haja necessidade de suprir falta eventual dos pais ou responsáveis.

Através do exercício da guarda nasce para criança ou adolescente a condição de dependente do guardião, inclusive para efeitos previdenciários.

É importante salientar que a guarda possui caráter temporário, podendo ser revogada a qualquer tempo, conforme prevê o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰.

O instituto da guarda sofreu recente alteração, proposta pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a Lei da Guarda Compartilhada, possibilitando juridicamente o exercício das atribuições do poder familiar, de forma compartilhada.

A tutela encontra respaldo nos artigos 36 ao 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e segue a disciplina jurídica dos artigos 1.728 a 1.766, do Código Civil de 2002, sendo destinada a crianças e adolescentes, nas hipóteses do artigo 1.728 do Código Civil de 2002, quando os filhos menores tiverem perdido seus pais por morte ou ausência, ou nos casos de perda do poder familiar.

A nomeação dos tutores é feita pelos pais, em conjunto, ou, na falta de nomeação, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, conforme o artigo 1.731 e, ainda, podendo ser nomeados pelo juiz, nas hipóteses do artigo 1.732 do Código Civil.

A adoção encontra-se regulamentada nos artigos 39 ao 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos alterados pela Lei Nacional da Adoção, Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que revogou quase totalmente os dispositivos pertinentes a esse instituto, no Código Civil de 2002.

O artigo 39²¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente trata a adoção como medida excepcional, tendo em vista a preferência, como visto, pela manutenção da criança na sua família natural.

A adoção é irrevogável e constitui medida de extrema importância para a formação da criança e/ou do adolescente que está sendo inserido em um novo núcleo familiar. Ademais, através desse processo, o filho oriundo da adoção passa a ocupar posição de igualdade entre os filhos, desvinculando-se da família biológica, exceto para os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil.

Podem adotar os maiores de 18, cuja diferença de idade seja de, no mínimo, 16 anos em relação ao adotado, independentemente do estado

²⁰ Nesse sentido, o artigo 35, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público".

²¹ Veja-se o teor do artigo 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. §1.º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei".

civil, entretanto, para a adoção conjunta é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável.

Os ex-cônjuges ou ex-companheiros podem adotar conjuntamente, desde que o estágio de convivência com a criança ou adolescente tenha iniciado durante a união conjugal ou estável e, ainda, que haja acordo em relação à visitação e guarda.

Observe-se a exceção à capacidade plena para adoção no artigo 42, §6.^o²² do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade de o adotante que venha morrer no curso do processo de adoção, mas que já tenha manifestado vontade inequívoca de adotar, ser o pai adotivo, mesmo pré-morto, fazendo-se com que, nessa hipótese, os efeitos da sentença constitutiva da adoção retroajam a data do óbito, para proteger os direitos sucessórios do filho (adotivo).

Para que a criança ou adolescente seja posto em adoção há a necessidade do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, e do seu consentimento, se for adolescente, excetuando-se as hipóteses em que os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado judicial que mandará cancelar o registro original do adotado (artigo 47 e §§ 1.º e 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Quando da adoção existe previsão legal para a modificação do nome e prenome do adotando, entretanto, essa previsão pode conflitar com a proteção jurídica dos Direitos de personalidade, previstos nos artigos 11 a 21, do Código Civil de 2002.

Em regra, os efeitos da adoção têm início a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, excetuando-se a hipótese, já comentada, do artigo 42, §6.º.

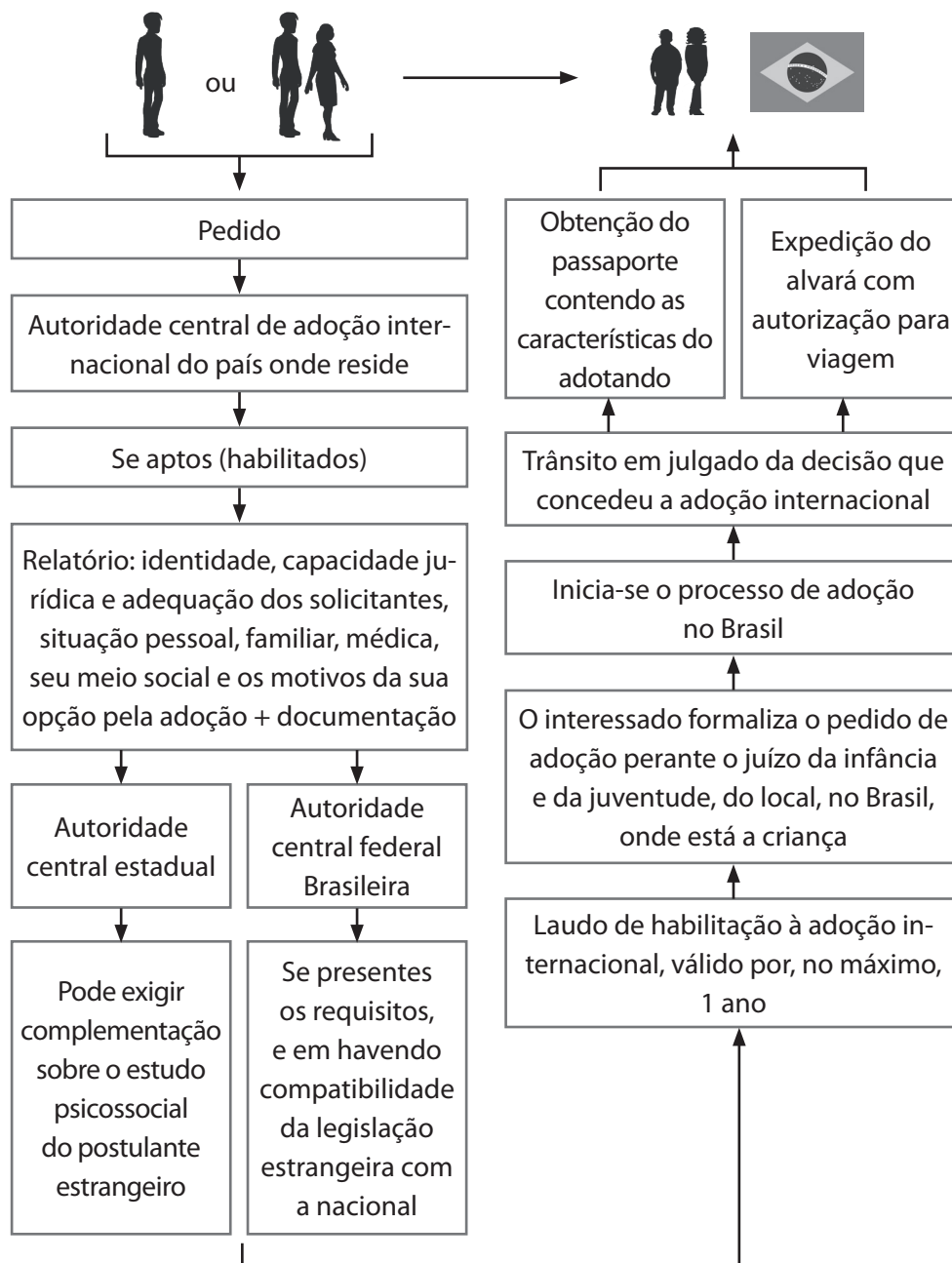
²² Artigo 42: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. §1.º [...]; §2.º [...]; §3.º [...]; §4.º [...]; §5.º [...]; §6.º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

A Lei Nacional da Adoção estabeleceu o direito fundamental ao conhecimento da própria origem biológica, ou seja, o filho adotivo pode a qualquer tempo querer conhecer sua origem genética. Decorre que diversas polêmicas situações podem advir a partir da interpretação do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que faculta ao indivíduo que foi adotado o exercício desse direito. Desde uma situação delicada perante a família que o adotou até a ofensa do direito de privacidade de quem o entregou para a adoção. O conflito de direitos fundamentais é sempre um situação difícil de ser resolvida, em que pese os exercícios de ponderação que pregam a doutrina e jurisprudência brasileiras.

O artigo 50 do Estatuto sob exame previu a criação de um cadastro estadual de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e de pessoas e casais habilitados para a adoção, com o intuito de agilizar os processos de adoção e minorar o tempo espera, mormente para proteção do melhor interesse da criança e do adolescente. A exceção a essa consulta necessária está prevista no próprio artigo em comento, em seu §13, para as hipóteses em que se tratar de pedido de adoção unilateral; ou for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; ou ainda, for formulado o pedido por quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade e não seja constatada a ocorrência de má-fé.

Além disso, previu-se a criação de um cadastro para consulta subsidiária de pessoas e casais residentes fora do país; ou seja, a adoção internacional somente ocorrerá se não houver interessados no Brasil. A adoção internacional é, portanto, medida excepcional, prevista nos artigos 31 e 51, §1.º, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento nos artigos 165 ao 170, e com as adaptações feitas pelo artigo 52-A ao 52-D do Estatuto.

Adoção Internacional



Dicas de estudo

- Guarda e poder familiar: analisar situações.
- Processo de habilitação para a adoção: artigo 197-A ao 199-E do Estatuto.
- Reconhecimento de filhos e o necessário consentimento do cônjuge: análise do conflito proposto entre os artigos 1611 do Código Civil de 2002 e o artigo 27 do Estatuto.

Referências

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da Infância e da Juventude**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Curso e Concurso – v. 31 – Coordenação Edílson Mougenot Bonfim).

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de Agosto de 2009 e outras disposições legais**: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

