ÁREA TEMÁTICA:

( ) COMUNICAÇÃO
( ) CULTURA
(x) DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA
( ) EDUCAÇÃO
( ) MEIO AMBIENTE
( ) SAÚDE
( ) TRABALHO
( ) TECNOLOGIA

COLOCAÇÃO EM FAMILIA SUBSTITUTA: GUARDA COMO REGRA NOS CASOS ATENDIDOS NO PROJETO DE EXTENSÃO NEDIJ-PONTA GROSSA 2011/2012.

SILVA, Gianlucca Daniel da Matta[1]
SIQUEIRA, Samanta Rodrigues[2]
PINHEIRO, Paulo Fernandes[3]
BRANDÃO, Rosângela Fátima Penteado [4]
HOLZMANN, Liza[5]

RESUMO – O presente trabalho visa mostrar como o conceito de família e seus institutos se modificaram drasticamente ao longo dos anos, sobretudo no que tange a inserção de crianças e adolescentes em família substituta. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) é embasado na proteção integral da criança e do adolescente, e tem como sustentáculo o direito fundamental desses de serem criados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, além dos princípios do melhor interesse da criança/adolescente e da afetividade. Assim, são estabelecidas três formas de colocação de criança e de adolescente em família substituta: guarda, tutela e adoção, que variam de acordo com a extinção ou não do poder familiar, temporalidade e maior ou menor proteção à criança ou adolescente. Com base nos atendimentos realizados no projeto de extensão NEDIJ (Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e da Juventude) de Ponta Grossa nos meses de agosto de 2011 a março de 2012, constatou-se que a grande maioria das famílias que ali comparecem desejam regularizar a posse das crianças e adolescentes através do instituto da guarda, regrada, especificamente, pelos artigos 33 a 35, e genericamente pelos artigos 28 a 32, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

PALAVRAS CHAVE – poder familiar, afetividade, melhor interesse.

[1] Acadêmico do 4° ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, estagiário do projeto, e-mail: gianluccasilva@hotmail.com.
[2] Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, advogada do projeto, e-mail: sa_siq87@hotmail.com.
[3] Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, advogado do projeto, e-mail: paulofpinheiro2005@hotmail.com
[4] Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, especialista em Direito Processual Civil, professora do Departamento de Direito do Estado e coordenadora do Projeto NEDIJ, e-mail: rbrandao@uepg.br.
[5] Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, mestre em Saúde Coletiva, Professora do curso de Serviço Social – Supervisora da Área de Serviço Social no Projeto NEDIJ, e-mail: lizaholzman@yahoo.com.br.

Introdução

Os dados utilizados no trabalho foram levantados pelo NEDIJ-Ponta Grossa (que é um projeto de extensão iniciado no ano de 2006 nas Universidades Estaduais do Paraná). Esse projeto teve sua estrutura modificada em 2008, e passou a fazer parte do programa Universidade sem Fronteiras, mantendo a parceria entre o Governo do Estado do Paraná, CEDECA-PR e Ministério Público do Estado do Paraná. O NEDIJ é formado por quatro estagiários do curso de direito e um do curso de serviço social, dois advogados e um assistente social.

O trabalho desenvolvido pelo NEDIJ pauta-se principalmente em concretizar o que está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, no tocante aos direitos fundamentais e aos direitos da infância e juventude. Para atingir este objetivo atua em três linhas: palestras nas escolas para conscientização dos adolescentes sobre seus direitos e deveres previstos no ECA; defesa jurídica dos adolescentes em conflito com a lei; e regularização da colocação de crianças/adolescentes em famílias substitutas. Nos casos recebidos em que o interessado não se encaixa nos moldes do projeto, faz-se o encaminhamento deste para as instituições competentes.

Para melhor compreender o tema da guarda como principal forma de colocação de crianças/adolescentes em família substituta é necessária a apresentação da evolução histórica e conceitual da família na sociedade, a forma como os genitores possuem autoridade sobre os seus filhos, a diferença das três modalidades de família substituta, e outros aspectos. Sendo que todos esses devem ser considerados a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse e proteção integral da criança/adolescente.

O homem sempre viveu de forma aglomerada, sendo considerado por Aristóteles como um ser social. É inviável ao ser humano a vida segregada, pois não possui força física suficiente para proteger-se sozinho e realizar todas as tarefas necessárias à sua sobrevivência e manutenção. Foi por esse motivo que, na antiguidade, os primeiros indivíduos reuniram-se em grupos nômades, a fim de resguardarem-se das ameaças, como animais selvagens, a fome, ou os fenômenos naturais. Posteriormente, os indivíduos reunidos em grupos fixaram-se em certos locais, tornando-se sedentários, e criando laços afetivos entre si. A partir deste contexto histórico inicial começaram a se formar as famílias.

A ideia de família surgiu muito antes do Direito, dos códigos, e da ingerência do Estado sobre a vida das pessoas. O que as unia era a necessidade natural de compartilhar experiências e mais tarde a religião, sobretudo com o culto aos ancestrais comuns, período marcado pelo forte poder patriarcal e os laços sanguíneos como formadores de família. Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, na qual os laços sanguíneos eram cada vez mais dissolvidos entre a população, ganha importância no Direito da Roma Antiga a expressão *família natural*, formada apenas por um casal e seus filhos, período em que se criam legislações e há positivação da família no direito, que até então era vista como algo exclusivamente social.

Com o passar do tempo e a imensa transformação das estruturas políticas econômicas e sociais, produziram-se reflexos profundos nas relações jurídico-familiares, a família é formada por um complexo de relações que se modificam durante o tempo e seguem a cultura do local em que se encontram. A principal característica do novo conceito brasileiro de família é a superação da família patriarcal fundada apenas nos laços sanguíneos, funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas, para a família que tem como base os laços de afeto.

O ilustre prof. Orlando Gomes define a família como “grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção” [6].

A Constituição da Republica, em seu art.226, estabelece: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Entende-se como família toda entidade formada por laços de afeto, estabilidade e publicidade, diferindo do antigo ordenamento jurídico que previa exclusivamente o matrimônio como meio de se formar família. Desse modo, há igualdade entre todas as entidades familiares, desde as formadas tradicionalmente pelo casamento, como as formadas por união estável, monoparental, homossexual, etc.

Um relevante ponto da família é a relação existente entre pais e filhos. Aqueles possuem um conjunto de direitos e deveres em relação a estes, e essa função-dever recebe o nome de *poder familiar*. Segundo Massimo Bianca[7], o poder familiar é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu interesse, compreendendo os poderes decisórios relacionados aos cuidados e educação da criança/adolescente e, ainda, os poderes de representação do filho e gestão de seus bens. Este poder é irrenunciável, intransferível, inalienável,

[6] GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.33.

[7] BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la famiglia-le sucession**i,1989, In: LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.293.

imprescritível e pode ser suspenso ou extinto por decisão judicial de acordo com a gravidade do ocorrido ou acontecimento natural (art.1635 a 1638 do Código Civil). Insta que o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva.

Em relação ao exercício do poder familiar o Código Civil, em seu art.1634, elenca sete hipóteses de "competência" atribuídas aos pais, contudo essas devem ser somadas aos deveres impostos pela Constituição da Republica (arts. 227 e 229) e pelo ECA (art. 22), que podem ser sintetizados no direito-dever de: guarda, assistência moral e material, educação, representação e acima de tudo a afetividade responsável.

A família é o núcleo da sociedade, composta de membros unidos por laços de amor e afeto, onde os pais através do poder familiar buscam o melhor interesse dos filhos menores. No entanto, existem crianças e adolescentes que não gozam desses preceitos em suas famílias naturais, como por exemplo, aquelas que são abandonadas nas ruas, sofrem maus tratos, ou, até mesmo que momentaneamente ficam desamparadas dos pais, Foi visando abarcar tais situações que o ECA criou institutos que administram e supervisionam o poder familiar, dando apoio e impondo sanções contra os pais negligentes nos cuidados com os filhos, ou até mesmo, colocando as crianças/adolescentes em famílias substitutas, nas formas de:guarda, tutela e adoção.

Segundo Marlusse Pestana Daher:

> "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, nela se desenvolva e seja" [8].

Para a colocação de crianças ou adolescentes em família substituta deve ser analisado no caso concreto qual o melhor instituto (guarda, tutela, adoção) a ser aplicado. Sempre que possível aqueles serão previamente ouvidos e os grupos de irmãos serão colocados em uma mesma família. Observa-se o grau de parentesco e a relação de afetividade, o estágio de convivência, quando necessário, e há acompanhamento de interprofissionais a serviço da Justiça da Infância e Juventude.

A colocação em família substituta será regida pelos princípios da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança/adolescente, proteção integral e da afetividade. O primeiro é o núcleo existencial que é comum a todas as pessoas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se a um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade, ou seja, tutela-se a dignidade dos indivíduos que integram a comunidade familiar, que é o instrumento da realização existencial de seus membros. O princípio do melhor interesse da criança/adolescente significa que estes, por serem pessoas em desenvolvimento, devem ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, sociedade e família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe são assegurados. Pelo princípio da integral proteção, a criança/adolescente são vistos como sujeitos de direito, merecendo especial atenção e um trabalho em rede que tenha por finalidade a busca da plenitude das dimensões (biológicas, psíquicas, morais, cognitivas, afetivas, religiosas) de desenvolvimento dos mesmos. O último é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, superando o caráter patrimonial ou biológico.

As formas de colocação em família substituta diferem-se na extinção ou não do poder familiar, transitoriedade e o grau de direitos adquiridos em relação aos menores. A guarda regulariza a posse de fato da criança ou adolescente, ou seja, a situação fática destes de já estarem convivendo com o "guardião", contudo sem o mesmo possuir o amparo e a proteção legal para representá-los. Estando prevista no ECA, que assim subscreve:

> "Art. 33 - A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.
> Parágrafo 1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção por estrangeiros.
> Parágrafo 2º - Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados".

A guarda não afeta o poder familiar, pois não afasta o dever material dos pais de colaboração na providência de alimentos, se a criança/adolescente dela necessitar, embora o

[8] DAHER, Marlusse Pestana. **Família substituta**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n.27, 23 dez. 1998. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/1655/familia-substituta. Acesso em: 20 mar. 2012.

guardião assuma a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional. Tendo também como característica o caráter precário, uma vez que pode ser revogada e/ou modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado e gravados nos autos que foi deferida, valendo-se é claro do princípio do melhor interesse da criança/adolescente.

Outra forma de colocação em família substitua é a tutela, que tem por finalidade a proteção e assistência a um menor e administração dos seus bens, atingindo a criança/adolescente não subordinada à autoridade dos pais, pelo fato dos mesmos terem falecido, serem julgados ausentes ou haverem perdido o poder familiar, sendo dessa maneira um terceiro investido dos poderes para melhor representar o interesse do menor desamparado. Maria Helena Diniz conceitua a tutela como: "um complexo de Direitos e Obrigações, conferidos pela lei, a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor, que não se ache sob o poder familiar, e administre seus bens" [9]. A tutela esta prevista no ECA e o seu artigo 36 assim discorre:

> "Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos.
> Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda".

A tutela assemelha-se ao poder familiar, contudo existem algumas restrições a este poder como a vedação de emancipar e de usufruir os bens do tutelado. E a principal diferença é a de ser exercida sob os olhos do judiciário, ou seja, com a intervenção do juízo. Como no que tange à correção da criança/adolescente (CC art. 1.740, II); a administração dos bens do tutelado (CC, art. 1.741); ao arbitramento da remuneração do tutor e do protutor (CC, art. 1.752); à aprovação dos balanços anuais (CC, art. 1.756) e ao exame da prestação de contas de dois em dois anos (CC, art. 1.757). Este instituto também possui o caráter temporário, estendendo-se até o termino do período de tutela, uma vez que o tutor não esta obrigado a servir o tutelado por período superior a dois anos (CC art. 1.765).

Diversamente da guarda e da tutela, a adoção é definitiva, extinguindo o poder familiar dos genitores em relação ao adotado e qualquer vínculo com os parentes consanguíneos, exceto quando aos impedimentos para o casamento, e estabelece relações de parentesco, não só entre o adotante e o adotado como também entre aquele e os descendentes e todos os parentes do adotante. Desse modo o adotante assume o poder familiar em toda a sua extensão, passando a ser o pai ou mãe do menor e os seus nomes constarão no registro civil da criança/adolescente.

Caio Mário da Silva Pereira apresenta a adoção como ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente se há entre elas alguma relação de parentesco consanguíneo[10]. Com a adoção, surgem para o adotado, os mesmos direitos dos filhos naturais, inclusive sucessórios, como prescreve a Constituição da Republica art.227, § 6º: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Somente pessoas maiores de dezoito anos podem adotar, desde que haja uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotado, podendo aquelas serem solteiras, casadas ou conviventes. Os casais homoafetivos também possuem o direito de adotar, pois constituem uma família como qualquer outra, conforme explicado acima, e, sobretudo diante do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade das entidades familiares e do melhor interesse da criança/adolescente. Insta que os avós não podem adotar os seus netos e nem os irmãos se adotarem, conforme prescreve o art.42, § 1° ECA: "não podem adotar os ascendestes e os irmãos do adotando".

Objetivos

O trabalho em tela visa analisar a colocação de crianças e adolescentes em família substituta e a constatação no NEDIJ-Ponta Grossa que nos meses de agosto de 2011 a março de 2012 a forma mais aplicada desta inserção foi à guarda. Havendo a intenção de descobrir se esta é a melhor medida a ser aplicada, levando em consideração os princípios do melhor interesse da criança/adolescente e da sua proteção integral.

---

9 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5° vol: direito de família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva,2007.p.580.

10 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil-Vol V- Direito de família.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.411.

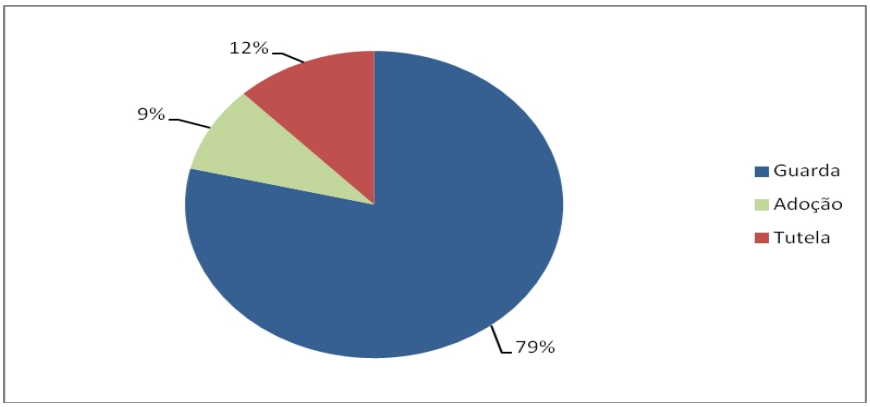
Metodologia

Para o trabalho em tela utilizou-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e levantamento de dados.

Resultados

No período compreendido entre agosto de 2011 a março de 2012 foram realizados 33 atendimentos pelo NEDIJ-Ponta Grossa de casos com relação à colocação de criança/adolescente em família substituta. Deste total, foram 26 pedidos de guarda, 04 de tutela e apenas 03 de adoção, conforme melhor pode ser visualizado pelo gráfico a seguir:

Gráfico 1- Modalidades de família substituta



Fonte: NEDIJ- Ponta Grossa

Constatou-se a ampla maioria do instituto da guarda sobre os demais, mas será que esta sempre a melhor medida para a efetiva proteção integral da criança/adolescente? A pergunta deve ser analisada em dois pontos de acordo com o art.33,§2° ECA, primeiro quando o motivo da guarda é para suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis e neste caso encaixa-se perfeitamente com a finalidade do instituto de ser algo transitório, que consiste na assistência e representação da criança/adolescente pelo guardião, até que se passe este período de falta e os pais possam voltar a exercer plenamente o seu poder familiar. Já o segundo ponto é mais complicado e consiste quando a motivação é para atender a situações peculiares que devem ser analisadas no caso concreto.

Ocorre que no último caso a guarda tem por finalidade atender a situações emergenciais e temporárias, devido a falta de previsão legal de certo lapso temporal para a sua vigência, ou da inexistência de outro procedimento para a regularização da situação fática, a guarda acaba por possuir o caráter de definitiva, como defende a professora Maria Berenice Dias[11]. A instabilidade que essa situação pode acarretar a criança/adolescente de um estado de insegurança e medo não corresponde com os princípios do melhor interesse e prioridade. A guarda é a forma de família substituta mais fraca e que menos protege a criança/adolescente, pois é transitória e por isso pode ser revogada a qualquer momento, inclusive pelo guardião, e também não gera os efeitos sucessórios, deixando desse modo o menor em total desamparo em caso de falecimento do seu responsável legal.

Outro ponto interessante do levantamento de dados foi em relação aos diferentes graus de parentesco que os requerentes possuem em relação à criança/adolescente que desejam obter a guarda, sendo que foram 16 avós e 10 tios.

Conclusões

O conceito de família mudou drasticamente ao decorrer do tempo e hodiernamente é visto como o vínculo de afeto existente entre os seus membros, superando o modelo patriarcal de família consanguínea ou biológica. Outra importante evolução foi o reconhecimento da igualdade dos seus membros, tanto da mulher em relação ao homem, como dos filhos havidos dentro ou fora do casamento.

[11] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.480.

O capitalismo, a globalização e a forte influência da mídia, trouxeram uma nova realidade para as famílias: os pais trabalham cada vez mais para sustentar a família, inclusive a mulher que conseguiu a sua independência financeira, ficando ausentes do lar e do convívio dos filhos e perdendo a condição de única autoridade e padrão para as crianças/adolescentes. Com o aumento da pobreza, desemprego, desinformação, e principalmente com o uso das drogas, muitas famílias desestruturaram-se, colocando crianças/adolescentes em situação onde os seus direitos não podem ser cumpridos ou assegurados. Nesse contexto, surge a importância da família substituta para garantir que os direitos da criança/adolescente sejam respeitados, conforme a sua situação peculiar de desenvolvimento, sendo que a inserção pode ser temporária ou definitiva.

Existem diferenças entre as três formas de colocação de criança/adolescente em família substituta, que variam, sobretudo em relação a transitoriedade, extinção ou não do poder familiar, e o grau de direitos concedidos tanto a criança/adolescente como a quem os detém. Deve-se analisar em cada caso concreto a melhor forma a ser aplicada, sempre de acordo com os princípios do melhor interesse e proteção integral da criança/adolescente.

Em relação ao instituto da guarda é necessária cautela para sua aplicação, devendo analisar quando possui a finalidade de ser temporária ou se são pessoas que não podem requerer outra medida, cumprindo desse modo o seu objetivo e quando tem o intuito de ser definitiva, devendo nesse caso ser mais bem perquirido e observado se não cabe outra forma de inserção em família substituta. Esta é a melhor maneira de se aplicar tão importante e usado instituto para proteger os interesses da criança/adolescente, conforme os princípios do melhor interesse e prioridade, enquanto o legislador não preencher a lacuna deixada no segundo caso.

Referências

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la famiglia-le sucessioni**,1989, In: LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.293.

BRASIL. Lei Constituição da Republica Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 05 out, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.009 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 13 jul., 1990.

CINTRA, Marcelo. **A diferença entre guarda, tutela e adoção.** Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, 17.03.2009. Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4955&Itemid=81. Aceso em 20 mar.2012.

CUNHA, Mateus Antonio da**. O conceito de família e sua evolução histórica.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em : **http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html**. Acesso em 20 mar.2012.

DAHER, Marlusse Pestana. **Família substituta**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n.27, 23 dez. 1998.Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/1655/familia-substituta. Acesso em: 20 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5° vol: direito de família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva,2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil-Vol V- Direito de família.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Leonardo. **Colocação de Crianças ou Adolescentes em família substituta**. Web artigos. Disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/colocacao-de-criancas-ou-adolescente-em-familia-substituta/2555/. Acesso em 20 mar.2012.