

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NO BRASIL

Neidemar José Fachinetto*

Introdução

O presente artigo pretende analisar, numa perspectiva interdisciplinar, a relevância do direito fundamental à convivência familiar e comunitária para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, tendo por base os primados da doutrina da proteção integral e, com especial destaque, o caráter constitucional deste direito e a necessária interpretação restritiva das normas infraconstitucionais que, de uma forma ou outra, limitam ou violam tão importante direito, além de apontar para a premente efetivação de políticas públicas que viabilizem e articulem as ações governamentais (ou não) no sentido de prevenir as diversas causas do abandono de crianças e adolescentes no Brasil.

1 O novo paradigma – crianças e adolescentes sujeitos de direitos

Com o advento da Constituição Federal (art. 227 e seg.) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), uma nova política de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes foi instituída, tendo como referencial teórico o paradigma filosófico-político da Doutrina da Proteção Integral, que parte da concepção de que todas as crianças e adolescentes devem ser considerados

* Promotor de Justiça/RS, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2004) e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS (UNISC)**.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 69	maio 2011 – ago. 2011	p. 197-210
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

sujeitos de direitos, bem como deve ser respeitada a sua *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento*, competindo à família, à sociedade e ao Estado garantir, com *prioridade absoluta*, a efetividade de todas as suas necessidades.

Esta nova política de atendimento não limita a intervenção apenas a uma determinada parcela da população infanto-juvenil, mas propõe que sejam asseguradas todas as oportunidades e facilidades para o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da totalidade das crianças e adolescentes, através da articulação de políticas sociais básicas (de caráter universal – direito de todos e dever do estado), de assistência social (para os que dela necessitarem) e de proteção especial (quando os seus direitos forem ameaçados ou violados).

A Doutrina da Proteção Integral, a par de produzir profunda ruptura com a doutrina até então vigente, contribuiu decisivamente para consolidar um corpo de legislações internacionais¹ que, para MENDEZ (2007), se constitui em verdadeira *Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância*, modificando *total e definitivamente à velha doutrina da situação irregular*.

Segundo GARRIDO DE PAULA (2002):

[...] se, num passado remoto, a criança ou adolescente era coisa conseqüentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, depois, em razão de alguma patologia, erigia-se um conjunto de normas tendentes à integração sócio-familiar (doutrina da situação de risco), modernamente passa a ser considerado como sujeito de direitos, sendo-lhes devida à proteção integral perante a família, a sociedade e o Estado.

A proteção integral da infância e juventude, enquanto *sujeitos de direitos* e, portanto, titular de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, não afasta a necessidade de proteção especial àquelas crianças e adolescentes que, em decorrência de situação de risco pessoal ou social, passam a merecer a atenção específica daqueles que devem satisfazer tais direitos, a saber: a família, a sociedade e o Estado.

Por se acharem numa *peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento*, as crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, pois necessitam, segundo MACHADO (2003), de um *regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude*.

¹ Os principais textos internacionais que fazem parte são: A Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança (1989); As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (1985) – Regras de Beijing; As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade – 1990; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad – 1990; Convenção de Haia – Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional – 1993.

Da mesma forma, a satisfação de suas necessidades deve ser atendida segundo o princípio da *prioridade absoluta*, que se traduz, como diz MARCHESAN (2001), na *qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros*.²

Portanto, a Doutrina da Proteção Integral introduziu significativa alteração na forma de intervenção que a família, o Estado e a sociedade devem ter em relação à população infanto-juvenil, agora compreendida como titular de todos direitos fundamentais e inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da necessária proteção especial, fazendo com que a política de atendimento, outrora focalizada em práticas assistencialistas baseadas na concepção da compaixão-repressão,³ se desloque para a efetivação das políticas públicas, tendo como centro as Políticas Sociais Básicas, as Políticas de Assistência Social ou de Proteção Especial, como instrumentos de caráter supletivo, complementar e temporário e, ainda, apenas para quem delas necessitar.

2 Visão constitucional do direito fundamental à convivência familiar e comunitária

A convivência familiar, antes de ser um direito é uma necessidade, pois é na família que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apóia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo.

Consoantes ensinamentos de WINNICOTT (2001), a família, a par de ser a única entidade capaz de atender as necessidades do indivíduo, também é a mais adequada para lhe proporcionar a maturidade emocional, contribuindo de duas formas:

[...] de um lado dá-lhe a oportunidade de voltar a ser dependente a qualquer momento; de outro, permite-lhe trocar os pais pela família mais ampla, sair desta em direção ao círculo social mais imediato e abandonar esta unidade por outras maiores. Esses círculos cada vez mais amplos, que a certa altura tornam-se agrupamentos políticos, religiosos e sociais da sociedade, e talvez o próprio nacionalismo, são o produto final de um processo que se inicia com o cuidado materno e se prolonga na família. A família parece ser a estrutura especialmente programada para dar continuidade à dependência inconsciente da criança em relação ao pai e a mãe de fato.

² Neste sentido também: LIBERATI, Wilson Donizetti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários*. Brasília: IBPS, 1991. p. 4/5. e DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 425.

³ Partia-se de premissa de que, por não ostentarem a condições de titulares de direitos, a intervenção se daria a partir da benevolência social e, por parte do Estado, através de instrumentos e instituições de caráter eminentemente repressoras (MENDES, 2007).

Dessa forma, podemos entender que, com relação ao desenvolvimento individual, seria muito difícil para qualquer grupo que não a família angariar todos os esforços necessários para que este processo se dê de uma forma pacífica. Conforme ensinamentos de LIBERATI (2004), *A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro.*

Além disso, para SILVA (2004), a importância da família é fundamental para o bem-estar de seus integrantes,

[...] uma vez que é o âmbito privilegiado e primeiro a proporcionar a garantia de sobrevivência a seus integrantes, especialmente aos mais vulneráveis, como crianças, idosos e doentes; o aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas.

Assim, diante da importância da família para o desenvolvimento sadio da criança, através de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro, bem como por estarem na família as condições indispensáveis para o desenvolvimento da vida, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e para que a saúde se manifeste (CINTRA, 2004), é que a convivência familiar tornou-se um direito fundamental, que deverá ser garantido, com absoluta prioridade, pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo poder público.⁴

De acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança,

[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer nos seios de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

A Convenção acrescenta, ainda, que a família é um

[...] grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e em particular das crianças.

O direito a ter uma família é um dos direitos fundamentais de toda pessoa, especialmente àquelas em pleno desenvolvimento, pois a família é tida como o núcleo básico de criação e manutenção de laços afetivos. Tal direito não significa apenas o simples fato de nascer e viver em uma família, mas vai além disso expressando o direito a ter vínculos através dos quais a criança se introduz em uma cultura e em uma sociedade, tornando-se, de fato e de direito, cidadão.

⁴ Acerca da importância de um adulto de referência para o pleno desenvolvimento bio-físico-psíquico-psicológico da criança e adolescente vide: FACHINETTO (2009); WEBER, 2004. WINNICOTT, 2002, ABREU; MARTINEZ, 1997, dentre outros.

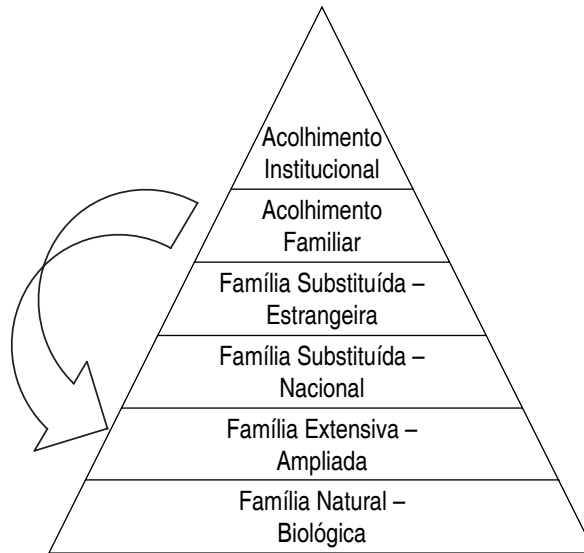
Para CANOTILHO (1993), os direitos fundamentais devem ser relacionados diretamente com *os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente*. Já BOBBIO (2004) assevera que, uma vez reconhecido como fundamental este direito, imprescindível é a sua proteção, já que nesta seara é que são verificadas as maiores dificuldades, *pois se desloca do campo filosófico de sua justificação para o campo jurídico e, num sentido mais amplo, político, já que o mais importante é saber qual é o modo mais seguro para garanti-los parar impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*.

Em face dessa amplitude e, em acolhimento aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, o direito à convivência familiar e comunitária foi erigido à categoria de norma constitucional pela Carta Magna de 1988, bem com restou regulamentada no ordenamento infraconstitucional através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos artigos 4º e 19.

Por força dos art. 226 e 227 da CF/88 - ratificados pelo art. 4º, *caput*, do ECA – a regra constitucional estabelecida é a permanência da criança e adolescente em **uma família** e, a sua excepcionalização somente poderá ocorrer nas expressas e limitadas hipóteses autorizadas pela legislação de regência, as quais devem ser interpretadas de forma absolutamente restritivas, já que a sua aplicação importará na violação do direito fundamental à convivência familiar.

Para traçar um caminho possível à garantia do fundamental do direito à convivência familiar, MACHADO (2003) aponta que o ordenamento jurídico criou *uma verdadeira escala de prioridades na aplicação da lei ao caso concreto*, especialmente quando se discute a manutenção da criança no convívio com seus pais biológicos (como ocorre nas ações de destituição do poder familiar) e, com mais razão, quando se está diante de situação fática em que se cogita a possibilidade da sumária retirada da criança ou adolescente do ambiente familiar natural e sua colocação em programas de acolhimento familiar ou institucional.

A escala de prioridade estabelecida pela legislação nacional pode ser vislumbrada na forma de uma pirâmide, *que vai da família natural, na sua base, à colocação em família substituta estrangeira e, em seu topo, à institucionalização, numa linha de crescente excepcionalidade à medida que a pirâmide se afunila* (MACHADO, 2003), acrescentando-se que, mesmo quando institucionalizada, o retorno a uma/sua família deve ser sempre almejado, face o caráter transitório e instrumental desta última, que pode ser sintetizada na figura abaixo:



Apesar das disposições susu referidas não terem sido alteradas significativamente com as novas normas introduzidas pela Lei 12.010/09, mostra-se imprescindível reforçar a noção de que, antes de qualquer providência legal, deve-se ter bem claro que o direito Pátrio criou salvaguardas para evitar a violação do direito fundamental à convivência familiar e, com isso, garantir que crianças e adolescentes possam viver no seio de sua família natural.

2.1 Família natural e extensiva

A prioridade máxima desta escala de valores é **família natural**, conforme prescreve, expressamente, o parágrafo primeiro do artigo inaugural da Lei 12.010/09,⁵ bem como a primeira parte do art. 19, *caput*, reforçado pelo novo parágrafo 3º do mesmo dispositivo e pelo inciso X do art. 100, todos do ECA que, valendo-se de designações diversas (*'prioridade'*, *'preferência'*, *'prevalência'*), exprimem a opção política brasileira para a criação e educação dos filhos no seio da família natural, também nominada como biológica ou nuclear.

Como se sabe, o conceito jurídico de família – entendida como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art.

⁵ Art. 1º, § 1º, Lei 12.010/09: A intervenção estatal, em observância ao disposto no *caput* do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

25 do ECA) – não é suficiente para abarcar os mais diversos formatos das famílias contemporâneas, especialmente pela crescente mobilidade das relações afetivas e sociais das pessoas (SINGLY, 2007), motivo pelo qual conveniente compreendê-la como sendo um *grupo de pessoas, com laços de consanguinidade, aliança ou afinidade, cujos vínculos circunscrevem obrigações recíprocas, organizadas em torno de relações de geração e de gênero, tendo como finalidade precípua proteger e sociabilizar suas crianças e adolescente*, nos moldes do previsto no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária de 2006.

Uma primeira excepcionalização legal à família natural foi o reconhecimento, pela nova Lei 12.010/09, da prevalência da **família extensa ou ampliada** (art. 25, parágrafo único⁶) em face de outras modalidades de colocação familiar, como restou previsto expressamente no novo inciso X do art. 100, do ECA. Isso se deve para se manter, o quanto possível, os vínculos hereditários, afetivos, de afinidades e sociais que criança e o adolescente já possuem, bem como na expectativa de reduzir os agravos que a impossibilidade de convívio com os pais naturais tende a gerar.

2.2 Família substituta

Em situações em que restarem esgotados todos os meios para a manutenção ou reintegração da criança e adolescente na família natural ou extensiva⁷ e, diante de violação severa dos deveres decorrentes ao poder familiar, outra excepcionalidade legal ao direito à convivência com a família natural é a possibilidade da colocação da criança ou adolescente em **família substituta**, mediante guarda, tutela ou adoção, como assentado no parágrafo 2º do art. 1º da Lei 12.010/09, bem como na segunda parte do art. 19, *caput*, além das disposições introduzidas nos parágrafos 1º a 6º do artigo 28, todos do ECA.

Na busca de propiciar um ambiente familiar à criança ou ao adolescente afastado do convívio familiar natural ou extensivo, em mais de uma oportunidade, o legislador estabeleceu alternativas para a mais célere colocação em família substituta, seja prevendo a possibilidade de ser deferida, em caráter incidental, a guarda em processo de preparação à adoção (§ 4º, do art. 33, *c/c* 157, ECA), a criação de estímulos para o acolhimento sob forma

⁶ Art. 25, 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.

⁷ Dentre as disposições que apontam neste sentido, devem ser observadas: art. 23, parágrafo único; art. 100, *caput* e seus incisos VI, VII, VIII, IX, X; art. 101, I a VI; art. 129, I a VII; art. 130, art. 166, § 3º, *in fine*, todos do ECA.

de guarda (art. 34, *caput*, ECA), além da colocação em família substituta se constituir, observada a mesma ordem supra, em possibilidade real para evitar ou reverter o acolhimento institucional ou familiar determinado, como asseveram os art. 50, § 11, e art. 93, parágrafo único, *in fine*, e 101, § 4º, *in fine*, todos introduzidos pela Lei 12.010/09.

A legislação de regência estabeleceu regras gerais aplicáveis para a colocação de criança e adolescente em família substituta, a começar pela necessidade de ser valorizada a sua opinião e, para os maiores de 12 anos, é exigido seu próprio consentimento (art. 28, §§ 1º e 2º, ECA), sendo mantidos, na mesma unidade familiar substituta, os grupos de irmãos, ressalvada situação excepcional que justifique o seu desmembramento. Ainda, sempre que possível, deverá ser privilegiado o grau de parentesco e as relações de afinidade ou de afetividade previamente existentes entre a criança e adolescente com a família substituta, *como forma de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida* (§ 3º).

A **guarda**, por não pressupor o prévio rompimento dos vínculos familiares, poderá ser deferida tanto para regularizar uma situação de fato – tenha ou não interesse em adoção, exceto por estrangeiro –, quanto para atender a situações peculiares (doença ou prisão dos pais), ou suprir a falta eventual dos pais (viagem ou estudo fora da morada familiar), conferindo aos guardiões o direito se oporem inclusive contra os pais. Por outro lado, garante-se a estes, salvo expressa decisão judicial em contrário, o direito à visita e a obrigação alimentar.

Como forma de estimular o exercício da guarda, por mais de uma vez, a legislação faz referência a necessidade do poder público estimular, através de assistência jurídica, programas de incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar, inclusive facultando que pessoas ou casais integrantes de programa de acolhimento familiar recebam crianças em guarda (art. 34, §§ 1º e 2º, ECA).

No que se refere ao exercício da **tutela**, por pressupor a prévia perda ou suspensão do poder familiar, também implica necessariamente o dever de guarda da criança e adolescente e, invariavelmente, por envolver a gestão patrimonial do tutelado, devem ser observadas as demais regras civis quanto a administração, fiscalização e garantia do seu acervo econômico (art. 1.729 e seguintes, Lei 10.406/2002, Código Civil Brasileiro).

No que se refere ao instituto da **adoção**, a par da regulamentação já existente quanto a adoção por brasileiros, com as atualizações introduzidas pela Lei 12.010/09, o Estatuto da Criança e Adolescente passou a incorporar diversas normas previstas na Convenção de Haia (29/05/1993) sobre adoção internacional.

No entanto, tornou explícita a preferência do legislador em priorizar a **adoção por brasileiros** – tanto residentes no País quanto no exterior (art. 51, § 2º) – e, somente depois de esgotadas estas possibilidades, é que se analisará a possibilidade da **adoção por estrangeiros** não residentes no Brasil (art. 31,⁸ do ECA), o que se justifica face o profundo e definitivo rompimento que a remessa da criança e adolescente para fora do País importa, não apenas dos vínculos afetivos, familiares e sociais que a criança e o adolescente mantém, mas também daqueles de origem cultural, linguístico, geográfico e histórico em que estão inseridos.

No que se refere ao regramento à adoção, destaca-se a centralidade que o sistema legal atribuiu ao Poder Judiciário, restringindo sobremaneira os procedimentos extrajudiciais para qualquer ato envolvendo tanto a habilitação dos interessados – que passou a contar com um procedimento específico (art. 197-A a 197-E, do ECA), quanto a entrega voluntária ou a prévia destituição do poder familiar (art. 155 a 163 do ECA), bem como no que se refere a colocação em família substituta de crianças e adolescentes (art. 165 a 169 do ECA).

Quanto a **adoção por brasileiros** e, na busca de superar problemas históricos de colocação de crianças, especialmente as recém nascidas, em famílias substitutas de forma irregular, ganhou relevo a necessidade da observância do cadastro de crianças e adolescentes aptos para serem adotados (art. 50 do ECA), o qual somente poderá ser excepcionalizado nas estritas hipóteses legais (adoção unilateral, formulado por parentes ou quando já se detém a guarda legal de criança maior de 3 anos, desde que comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade – § 13).

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça expediu as Resoluções 54/08 e 93/09, implantando o Cadastro Nacional de Adoção, através do qual foram consolidadas as informações tanto das crianças e adolescentes aptos à adoção, quanto das pessoas e casais habilitados à adoção em todo o território nacional, o que contribuirá para a efetivação do direito à convivência familiar de muitas crianças e adolescentes afastados de seus núcleos familiares, bem como atenderá, com mais presteza, o desejo de muitas famílias já habilitadas em acolher crianças e adolescentes em seu seio.

No que se refere a **adoção por estrangeiros** (residentes ou domiciliados fora do País), a par de tornar clara a sua excepcionalidade frente a adoção por brasileiros (art. 50, §10, e art. 51, § 1º, inciso II, do ECA), as alterações introduzidas pela Lei 12.010/09 passaram a regulamentá-la de forma mais detalhada, seja no que se refere ao procedimento para a habilitação de

⁸ Art. 31: A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

estrangeiros – que passa a ser aceita quando referendada pela Autoridade Central do País de acolhida (art. 52, I a VIII, do ECA) –, seja quanto ao credenciamento de agências ou organismos aptos a intermediar à adoção – desde que sediados em Países que tenham ratificado a Convenção de Haia e satisfizerem os demais requisitos legais previstos no art. 52, §§ 1º a 7º, do ECA.

Destaca-se, ainda, a necessidade de se realizar em território brasileiro tanto o estágio de convivência (pelo prazo mínimo de 30 dias, art. 46, § 3º, ECA), quanto o aguardo do trânsito em julgado da sentença de adoção (art. 52, § 8º, do ECA) e, somente a partir disso, será autorizada a saída da criança ou adolescente do território nacional, remanescendo a obrigação do encaminhamento de relatórios pós-adoptivos pelo prazo de 2 anos, com regularidade semestral.

2.3 Acolhimento Familiar e Acolhimento Institucional

Como última excepcionalidade ao direito à convivência da criança ou adolescente viver em uma família (natural, extensiva ou substituta), encontram-se as medidas de proteção de acolhimento familiar⁹ e acolhimento institucional,¹⁰ esta outrora nominada como medida de abrigo, já que se constituem como *serviços de proteção social especial de alta complexidade, já que exigem a proteção integral – moradia, alimentação, higienização*.¹¹

LANCETTI (2003) assevera, de forma direta e objetiva, que a colocação de criança ou adolescente em uma instituição para viver é uma forma antiantropológica de convivência do ser humano, tanto para crianças de tenra idade, quanto para adolescentes, já que em ambos os casos, guardadas as suas peculiaridades em face do estágio de desenvolvimento, estão em plena formação de suas percepções sensoriais e de personalidades, respectivamente e, por isso, são mais vulneráveis aos efeitos e traumas decorrentes de crescerem sem ter um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto, o que é muito difícil, se não impossível, de se dar em uma instituição, por mais dedicados que sejam seus cuidadores.

⁹ Trata-se de serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva [...] até que seja possível a reintegração familiar (Orientações Técnicas, CONANDA-CNAS/2008). Sobre o tema, VALENTE, Janete Aparecida Giorgetti. O Acolhimento Familiar como Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Dissertação de mestrado – PUC-SP: SÃO PAULO, 2008.

¹⁰ Consistente num “serviço que oferece acolhimento, cuidado e espaço de desenvolvimento para grupos de crianças e adolescentes em situação de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção” (Orientações Técnicas, CONANDA-CNAS/2008).

¹¹ Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, Resolução Nº 145, de 15 de outubro de 2004 (DOU 28/10/2004).

O afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar traz nefastas consequências para o desenvolvimento neuro-fisio-psicológico, além de dificultar a capacitação individual e subjetiva à vida em família e em comunidade. Tal quadro se agrava quando, como solução para este afastamento, a criança ou adolescente é colocada em instituições que, sob o pretexto de protegê-las, na prática, acabam as afastando do convívio familiar e comunitário.

Apesar desse conhecimento acumulado – que se revela como algo indubitável neste início de novo milênio – ainda se mantém, no imaginário coletivo de boa parte da sociedade contemporânea, a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes, fruto de uma prática social e governamental muito difundida ao longo da história brasileira, que vem servindo muito mais aos interesses dos adultos envolvidos do que para proteger as crianças e os adolescentes efetivamente (ABREU, 1997).

Para reverter esta situação, o ECA instituiu sofisticado sistema de garantias de direitos, com a previsão de mecanismos jurídicos e instituições capazes de proteger, atender e satisfazer este direito, os quais restaram reforçados pelas alterações introduzidas pela Lei 12.010/09, em consonância com as regras previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (artigos 9º e 20).

Dentre as regras que limitam a aplicação das medidas de acolhimento familiar e institucional, destacam-se as restrições à retirada da criança ou do adolescente do convívio familiar (especialmente o natural), que somente poderá ser determinado pela autoridade judiciária (art. 101, § 2º, ECA), com estreita observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88).

Também, fundamental que sejam atendidos os pressupostos da excepcionalidade, provisoriedade e instrumentalidade, em atendimento ao que disciplina o art. 101, § 1º, do ECA,¹² já que as medidas somente poderão ser aplicadas depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção dos vínculos familiares (biológicos e extensivos), inclusive preferindo-se o afastamento do agressor do âmbito familiar (art. 130 ECA) e, mesmo quando inevitável, o acolhimento deverá se dar pelo menor período de tempo possível e sempre como forma de transição para o retorno ao convívio de uma família. Além disso, também deverão satisfazer os princípios previstos nos arts. 92 e 94 (naquilo que lhe é compatível), do mesmo diploma legal.

¹² Art. 101. ECA [...]§ 1º. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

De destacar, ainda, que se criou limite temporal para a permanência da criança ou adolescente em programas de acolhimento família e institucional, que não poderá superar a dois anos, salvo expressa e fundamentada decisão judicial neste sentido (art. 19, § 2º, do ECA), com o estabelecimento de um procedimento célere e devidamente marcado com prazos para a análise da possibilidade de retorno à família de origem ou, se for o caso, o aforamento da competente ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público (30 dias após o recebimento do relatório conclusivo, conforme art. 102, §§ 3º a 11, do ECA), cujo processo deverá estar concluído no prazo de 120 dias (art. 163, ECA), sendo que eventual recurso não terá efeito suspensivo, salvo em caso de adoção internacional, bem como deverá ser julgado, em grau de recurso, no prazo de 60 dias após a conclusão ao relator (art. 199-A, B, C e D, do ECA).

Ainda, a revisão das medidas de acolhimento familiar e institucional deverá ocorrer, no mínimo, a cada 6 meses (art. 19, § 1º, c/c 92, § 2º, ambos do ECA), estando as entidades que executam os programas obrigadas a encaminharem relatório circunstanciado da situação de cada criança ou adolescente acolhido, a fim de se verificar a sempre necessária possibilidade de retorno ao convívio familiar (natural ou extensiva) ou a sua colocação em família substituta.

Para SÊDA (2002), a efetivação desses princípios se revela como

[...] fundamental à mudança das práticas rotineiras no Brasil em relação às crianças abrigadas, bem como viabiliza, no mundo fático do Direito, os direitos elencados na norma constitucional do art. 227.

Portanto, as medidas de acolhimento familiar ou institucional devem estar inseridas nas políticas públicas de modo a ser um recurso utilizável somente em situação de extrema necessidade, depois de esgotadas todas as alternativas à manutenção da criança e do adolescente em sua família natural (inclusive numa perspectiva ampliada) ou sua colocação em família substituta e, mesmo quando se mostrar imprescindível, deverá ser buscado, permanentemente, o seu retorno a uma família (natural ou substituta). Somente nesse contexto é que se estará dando acolhida aos princípios estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas e pelo Estatuto da Criança Adolescente.

Considerações finais

Inegáveis foram as transformações ocorridas nos últimos anos, tanto no plano político quanto jurídico referente ao tratamento dispensado à infância e juventude brasileira.

No entanto, a par de se buscar a progressiva implantação das políticas públicas necessárias ao atendimento desta demanda, indispensável que, antes de qualquer coisa, seja compreendido o alcance da proposta legal introduzida pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, especialmente no que se refere à promoção, defesa e garantia do direito à convivência familiar e comunitária para a infância brasileira.

Deste modo, estar-se-á superando, pelo menos, a persistente crise de interpretação do sistema de proteção à criança e adolescente e, no plano das políticas públicas, urge que sejam envidados todos os esforços necessários para a criação e a articulação dos serviços e programas de apoio às famílias (empobrecidas ou não), especialmente para prevenir as diversas causas do abandono, assim como deve se combater a indevida cultura da institucionalização da infância (principalmente de origem popular), reservando o manejo das medidas de acolhimento (familiar ou institucional) somente aos casos de excepcional necessidade e depois de esgotados todas as formas de cuidados alternativos possíveis.

Por fim, indispensável que se inicie, com urgência aonde ainda não se iniciou, bem como se dê continuidade às iniciativas de revisão permanente dos acolhimentos institucionais de crianças e adolescentes, tendo como parâmetros as normativas e estudos já consolidados, como forma de se garantir e resgatar o direito à convivência familiar e comunitária violado de milhares de crianças e adolescentes gaúchas e brasileiras.

Referências

ABREU, Martha; MARTINEZ, Alessandra Frota. *Olhares sobre a criança no Brasil: perspectivas históricas*. In: RIZZINI, Irene (Org.). *Olhares sobre a criança no Brasil: século XIX e XX*. Rio de Janeiro: AMAIS, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Comentários ao art. 19 do ECA. In: CURY, Munir. et. al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *A especificação dos regimes de atendimento – perspectivas e desafios*. Lagoa Santa: Modus Faciendi, 2003, p. 19.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FACHINETTO, Neidemar José. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Contextualizando com as políticas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LANCETTI, Antônio. *Adoção e a cidade – os ensinamentos*. In: FERREIRA, Márcia Regina Porto; CARVALHO, Sônia Regina (orgs.). 1º guia de adoção – novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções. São Paulo: Ed. Weners Editorial, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional: Verdades e Mitos*. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Brasília: ABMP, 1995. v. 1.

LIBERATI, Wilson Donizetti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários*. Brasília: IBPS, 1991.

MACHADO, Marta Toledo. *A proteção constitucional da criança e adolescentes e os direitos humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Manole, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e adolescente e a discricionariedade administrativa*. In: Revista do Ministério Público, nº 44, Porto Alegre: 2001.

MENDES, Emilio Garcia. *Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente*. Brasília: ABMP, 1997, v. 2.

ORIENTAÇÕES TÉCNICAS: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Brasília, 2008.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Desconstituindo o mito da impunidade: um ensaio de Direito Penal Juvenil*. Santo Ângelo-RS: Ed. Cenedica, 2002.

SÊDA, Edson. In: CURY, Munir (coord). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 287-288.

SILVA, Afonso José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, E. R. A.; MELLO, S. G.; AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. (coord). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. SILVA, 2004.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Tradução Clarice Ehlers Peixoto – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

VALENTE, Janete Aparecida Giorgetti. *O Acolhimento Familiar como Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária*. Dissertação de mestrado – PUC-SP: São Paulo, 2008.

WEBER, Lidia Natália Dobrianskyj. *Laços de Ternura: pesquisas e histórias de adoção*. Curitiba: Juruá News, 2004.

WINNICOTT, Donald W. *Privação e Delinquência*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A família e o desenvolvimento individual*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 137.