

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DO PODER FAMILIAR: O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS
CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS

ELEONORA DE MACEDO

RIO DE JANEIRO

2008

ELEONORA DE MACEDO

DO PODER FAMILIAR: O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS
CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da
Universidade do Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva

RIO DE JANEIRO

2008

MACEDO, Eleonora de.

Do poder familiar: o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes institucionalizados.

71 f.

Orientador: Leandro Ribeiro da Silva.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 70-71.

1. Direito de família - Monografias. 2. Do poder familiar I. Silva, Leandro Ribeiro da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 346.015

ELEONORA DE MACEDO

DO PODER FAMILIAR: O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E
ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade Nacional de Direito da
Universidade do Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

À minha grande amiga e incentivadora
Flávia Averbach Kogan.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio incondicional em todas as horas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva, cujos valores como mestre orgulham seus alunos, dignificam a cátedra e engrandecem a instituição a que pertence.

A todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para o bom êxito deste trabalho.

RESUMO

MACEDO, Eleonora de. *Do Poder Familiar: O Direito à Convivência Familiar das Crianças e Adolescentes Institucionalizados*. 2008. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se os aspectos relevantes que envolvem o poder familiar e a privação do direito à convivência familiar de milhares de crianças e adolescentes brasileiros institucionalizados em abrigos até atingirem a maioridade. Com o objetivo de alcançar um melhor entendimento do tema, a primeira parte destina-se ao estudo da doutrina da proteção integral no direito brasileiro e a efetividade do exercício do direito fundamental à convivência familiar. Para tanto, apresentam-se as alternativas para a garantia deste direito, desde o apoio à reestruturação da família de origem até o rigor jurídico para a destituição do poder familiar e o encaminhamento para a adoção. A questão da medida protetiva de abrigo, idealmente de caráter provisório e excepcional, é analisada com base em dados recentes e alarmantes sobre a realidade dos abrigos no país. A segunda parte volta-se ao estudo do instituto jurídico do poder familiar, com a apresentação de suas origens históricas, evolução, características e questões relativas à titularidade. Trata-se, então, da análise dos deveres e obrigações inerentes ao poder familiar, nos aspectos pessoal e patrimonial. A terceira parte aborda a cessação natural e judicial do poder familiar. Cuida-se da questão do controle do poder familiar e da aplicabilidade e diferenciação entre sua suspensão e extinção, na medida da gravidade das causas que as motivaram. Finalmente, volta-se especificamente para a destituição do poder familiar e o dilema entre os operadores do direito da criança e do adolescente no que tange à garantia do direito à convivência familiar: quanto se deve investir na tentativa de reintegração da criança e do adolescente em sua família de origem até que se decida pela destituição do poder familiar, de forma a se evitar a inviabilização da adoção por uma família substituta, tendo em vista a dificuldade de efetivação de adoções tardias.

Palavras-Chave: Poder Familiar; Convivência Familiar; Doutrina da Proteção Integral; Medida de Abrigamento; Adoção .

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

A) GRÁFICOS

Gráfico 1 – Brasil: instituições que mais encaminham crianças e adolescentes aos abrigos...	28
Gráfico 2 – Brasil: proporção de crianças e adolescentes, segundo o tempo de abrigamento.	29
Gráfico 3 – Brasil: motivos de ingresso em abrigo relacionados à pobreza.....	30
Gráfico 4 – Brasil - grandes regiões: proporção de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas.....	32

B) TABELAS

Tabela 1 – Brasil grandes regiões: distribuição das crianças e dos adolescentes abrigados por situação de vínculo familiar.....	27
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1) LEGISLAÇÃO

CC/02 – Código Civil Brasileiro de 2002

CC/1916 – Código Civil Brasileiro de 1916

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social

2) ÓRGÃOS, ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

AMB – Associação dos Magistrados do Brasil

CBIA – Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência

CONANDA – Conselho Nacional de Direito da Criança e do Adolescente

CRIAM's – Centros de Recursos Integrados de Atendimento ao Menor

DISOC – Diretoria de Estudos Sociais (órgão do IPEA)

FEBEM – Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor

FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LBA – Legião Brasileira de Assistência

ONG – Organização Não-Governamental

ONU - Organização das Nações Unidas

Rede SAC – Rede de Serviços de Ação Continuada

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	14
2.1 Breve Histórico da Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente no Brasil. ..	14
2.2 Da Doutrina da Proteção Integral	17
2.3 Da Família	22
2.4 Do Direito à Convivência Familiar	23
2.5 Da Realidade do Atendimento Institucional – Os Abrigos no Brasil	26
2.5.1 <u>Da Medida de Abrigamento – Proteção e Provisoriedade</u>	27
2.5.2 <u>Dos Motivos para o Abrigamento</u>	30
2.5.3 <u>Da Incapacidade para Adoção – As “Crianças no Limbo”</u>	31
2.5.4 <u>Dos Abrigos e da Convivência Familiar e Comunitária</u>	32
2.6 Da Adoção	34
2.6.1 <u>Da Demora dos Processos de Adoção</u>	35
2.6.2 <u>Da Liberação para Adoção</u>	36
3 DO PODER FAMILIAR	38
3.1 Noções Gerais	38
3.1.1 <u>Breve Histórico do Poder Familiar</u>	38
3.1.2 <u>Denominação e Conceito</u>	40
3.1.3 <u>Características do Poder Familiar</u>	41
3.1.4 <u>Titularidade</u>	42
3.2 Dos Deveres - Aspectos Pessoais	43
3.2.1 <u>Do Dever de Criação e Educação</u>	43
3.2.2 <u>Do Dever de Guarda</u>	45
3.2.3 <u>Do Dever de Representação</u>	47
3.2.4 <u>Do Dever de Assistência Material</u>	48
3.2.5 <u>Do Dever de Assistência Imaterial</u>	48
3.2.6 <u>Do Dever de Registrar o Filho</u>	50
3.3 Dos Deveres - Aspectos Patrimoniais	52
3.3.1 <u>Da Administração dos Bens de Filhos Menores</u>	52
3.3.2 <u>Do Usufruto</u>	53

4 DO CONTROLE DO PODER FAMILIAR	54
4.1 Da Falta de Recursos Materiais	55
4.2 Da Suspensão do Poder Familiar	56
4.3 Da Extinção do Poder Familiar	57
4.3.1 <u>Da Cessação Natural</u>	58
4.3.1.1 <i>Morte</i>	58
4.3.1.2 <i>Emancipação</i>	58
4.3.1.3 <i>Maioridade Civil</i>	59
4.3.2 <u>Da Cessação Judicial</u>	59
4.3.2.1 <i>Da Sentença de Adoção</i>	59
4.3.2.2 <i>Da Decisão Judicial</i>	60
4.4 Da Perda ou Destituição do Poder Familiar	61
4.4.1 <u>Dos Motivos Para a Perda ou Destituição do Poder Familiar</u>	61
4.4.1.1 <i>Castigo Imoderado</i>	62
4.4.1.2 <i>Abandono</i>	63
4.4.1.3 <i>Atos Contrários à Moral e aos Bons Costumes</i>	63
4.4.1.4 <i>Reiteração das Faltas</i>	64
4.4.2 <u>Da Perda do Poder Familiar na Lei Trabalhista</u>	64
4.4.3 <u>Da Perda do Poder Familiar na Lei Penal</u>	65
4.4.4 <u>Do Restabelecimento do Poder Familiar</u>	65
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

A convivência familiar é um direito fundamental expressamente assegurado para toda criança e adolescente no art. 227¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) e integralmente inserido na Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos artigos 4º e 16, V, e, de modo relevante, em todo o Capítulo III do Título II².

Dados recentes revelam, entretanto, que milhares de crianças e adolescentes brasileiros permanecem institucionalizados até atingirem a maioridade, sem usufruírem da convivência familiar e comunitária. Em sua grande maioria, estas crianças e adolescentes encontram-se abandonados e desamparados pelas famílias biológicas, mas também incapacitados para a adoção, alternativa que lhes garantiria a convivência familiar em uma família substituta. Isto ocorre porque, com freqüência, permanece o vínculo do com a família de origem através do poder familiar, instituto jurídico que abrange um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.

Das 80 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos no Brasil, apenas 10,7% encontram-se juridicamente habilitadas para a adoção. Em 2004, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou uma extensa pesquisa - “O Direito à Convivência Familiar e Comunitária : os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil” – realizada a partir do “Levantamento Nacional dos Abrigos para Adolescentes da Rede SAC”³, feito pelo IPEA em abrigos de todo o país no ano anterior, tirando da sombra do esquecimento milhares de crianças e adolescentes que vivem privados do direito básico e fundamental de crescer no seio

¹ Art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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” (grifo nosso).

² Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária** [...]”. Art. 16: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V – **participar da vida familiar e comunitária**, sem discriminação”. Art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária**, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (grifos nossos).

³ Ver IPEA/DISOC. **Levantamento Nacional de Abrigos da Rede SAC**. Brasília, outubro de 2003 (não publicado).

de uma família e de uma comunidade, o que contribuiu para elevar a um novo patamar o conhecimento sobre essa faceta da realidade institucional brasileira⁴.

Em março de 2007, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), com o objetivo de incentivar as adoções no país, lançou a campanha “Mude um Destino”. O marco inicial desta campanha foi o documentário “O Que o Destino me Mandar”, produzido e dirigido pela jornalista Ângela Bastos, em 2006. Baseado na mencionada pesquisa do IPEA, o documentário promovido pela AMB também alerta para a situação destes milhares de crianças e adolescentes institucionalizados e privados do direito à convivência familiar, pois não houve nem a reintegração com a família de origem, nem a destituição do poder familiar que os capacitaria para a adoção. “A maioria fica no limbo”, afirma Enid Rocha Andrade da Silva, em entrevista concedida por ocasião da realização do documentário. Enid Silva, economista e pesquisadora do IPEA, foi responsável pela coordenação da pesquisa nacional nos abrigos.

Vinte anos se passaram desde a instauração, no ordenamento jurídico brasileiro, da Doutrina da Proteção Integral, materializada na Constituição de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que, por sua vez, atinge a “maioridade” em 2008. Neste espaço de tempo, as organizações, as instituições públicas e privadas e tantos outros organismos buscaram adaptar-se à nova maneira de se desenvolver e aplicar o direito da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe uma nova perspectiva legal para o encaminhamento dos menores internados em instituições de abrigo, pois entendia-se, até então, que era dever do Estado tão somente abrigar essas crianças até sua maioridade. A partir do advento do Estatuto, determinou-se que equipes técnicas desenvolvam programas de recolocação dos abrigados em suas famílias de origem ou favoreçam o seu encaminhamento a programas de adoção, o que leva à questão da destituição do poder familiar.

Até o início deste século, poucos estudos sistemáticos sobre a adoção tinham sido realizados no Brasil, propiciando a generalização de casos dramáticos e a formação de preconceitos e estereótipos. Recentes pesquisas apontam a destituição do poder familiar como

⁴ A Rede de Serviços de Ação Continuada, ou Rede SAC/Abrigos para crianças e adolescentes, inclui-se na modalidade “serviços assistenciais”, um dos cinco tipos de ações assistenciais regulamentadas pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e materializadas em ações e programas no âmbito da Secretaria de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Os outros “serviços assistenciais” são o atendimento de crianças em creches (SAC/Creche), os serviços de habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências (SAC/PPD) e o atendimento a idosos em asilos ou em meio aberto (SAC/Idosos). As características básicas desses serviços são o atendimento continuado e a definição de recursos em valores *per capita*.

um dos obstáculos para a efetivação de muitos processos de adoção, inviabilizando para milhares de crianças e adolescentes a possibilidade de viverem em uma nova família.

Diante do exposto, percebe-se a atualidade e relevância do tema da garantia efetiva do direito fundamental à convivência familiar. Clarificar esta questão através do entendimento do instituto do poder familiar em si, a necessidade e importância de sua proteção legal, assim como os limites para que esta mesma proteção não se torne um entrave ao exercício do direito fundamental à convivência familiar mostra-se um passo fundamental em direção à sua efetividade.

Para tal fim, mas sem a pretensão de esgotar o tema, serão apresentados - à luz da Constituição Federal (1988), do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e do novo Código Civil (2002) - além da doutrina atual sobre a matéria, os dados de recentes pesquisas no Brasil que revelam a real efetividade da convivência familiar.

Na primeira parte (capítulo 2) deste trabalho monográfico será estudado o direito fundamental à convivência familiar, sua normatização no ordenamento jurídico brasileiro e as formas de garantia de sua efetividade às crianças e adolescentes. Para tanto, analisaremos a Doutrina da Proteção Integral e sua inserção no direito brasileiro; a família propriamente dita, em sua diversidade de modelos e quanto ao modelo padrão que ainda norteia a legislação pátria; o atendimento institucional de crianças e adolescentes, em sua previsão legal de medida de proteção em caráter provisório confrontada com a realidade dos abrigos no país, conforme dados recentes de pesquisa realizada pelo IPEA; a adoção como forma de garantir a convivência familiar em família substituta e os entraves jurídicos para sua efetivação, principalmente a questão da destituição do poder familiar.

Na seção seguinte (capítulo 3) será estudado o instituto jurídico do poder familiar. A primeira parte deste estudo tratará das noções gerais, desde as suas origens históricas na *patria potestas* do Direito Romano, a evolução de sua denominação e conceito no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando suas principais características e a questão da titularidade. A seguir, serão apresentados os deveres inerentes ao poder familiar, tanto no nos aspectos pessoais quanto na seara patrimonial. A compreensão desses deveres é relevante no sentido em que o seu descumprimento reiterado ou injustificado, por parte dos titulares do *múnus familiar*, pode acarretar desde a suspensão até a extinção do poder familiar.

No capítulo final será abordada a questão do controle e da cessação do poder familiar, enfatizando-se, inicialmente, a proibição estabelecida desde o Estatuto da Criança e do Adolescente para a fundamentação da perda deste poder fundada exclusivamente na falta de recursos materiais. Primeiramente, cuidaremos da suspensão do poder familiar como medida

provisória fixada judicialmente, visando sempre o interesse da criança ou do adolescente. A seguir, trataremos das formas legais de extinção, desde a cessação natural (morte, emancipação, maioridade civil) até a cessação através de decisão judicial, incluindo-se a hipótese de extinção do poder familiar na sentença de adoção e a questão controvertida da possibilidade de renúncia a este múnus por parte de seus titulares. Na última parte desta seção, cuidaremos especificamente da perda ou destituição do poder familiar. Analisaremos, então, os motivos que podem ensejar esta punição extrema, que, conforme entendimento da maioria dos profissionais envolvidos com o direito da criança e do adolescente, só deve ser aplicada após esgotadas as tentativas de restabelecimento com a família natural. É neste ponto que encontra-se um dos dilemas mais importantes no que se refere à garantia do direito à convivência familiar, posto que uma destituição tardia ou a manutenção do poder familiar no caso de crianças e adolescentes institucionalizados por um longo período de tempo, por exemplo, pode até mesmo inviabilizar a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, pela via da adoção, acarretando a privação do direito fundamental à convivência familiar. Por fim, abordaremos a previsão de extinção do múnus familiar na legislação trabalhista e na esfera penal, além das hipóteses em que é possível a restauração do poder familiar após a sua destituição.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A percepção dos direitos humanos ultrapassa o âmbito das regulamentações internacionais, das normas legais e dos dispositivos constitucionais. Para Kátia Abbud, vice-presidente do Centro de Estudos e Prevenção da Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (CEPREV), de Ribeirão Preto (SP): “a adoção da perspectiva dos direitos humanos implica num modo especial de ver, entender e agir diante do mundo: este entendimento tem como centro a pessoa em sua inteireza e irredutibilidade”⁵.

Neste contexto de garantia de direitos e deveres de todos para a construção de uma sociedade mais justa inserem-se os direitos da criança, cujas raízes iniciam em 1923 com a Declaração de Genebra, posteriormente ampliada em Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), que, em 1959, aprova a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Trinta anos depois, após amplo debate internacional, foi apresentada a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade em Assembléia da ONU em 20/11/1989 e ratificada por mais de 20 países, entre eles o Brasil, entrando em vigor em 02/09/1990.

2.1 Breve Histórico da Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente no Brasil

Internacionalmente, no final dos anos 70, tem início uma discussão quanto à necessidade de elaboração de normas sem o caráter tutelar à criança até então em vigor, notadamente em face da comemoração dos vinte anos da Declaração dos Direitos da Criança da ONU, de 1959.

Essas discussões foram incorporadas no Brasil, onde já havia corrente dentro do segmento jurídico nacional que defendia a emancipação da criança e do adolescente, ao mesmo tempo em que um movimento social emergente atuava diretamente com crianças, principalmente as que viviam nas ruas. Através de estudos acadêmicos, congressos e seminários, questionava-se a política institucionalizadora da infância pobre que vigorava no país até então, e eram apresentadas experiências fundadas em métodos alternativos de assistência à criança e ao adolescente, não como objetos de intervenção estatal, mas como

⁵ ABBUD, Kátia Carvalho. **O Estatuto da Criança e do Adolescente : paradigmas e desafios**. Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social (CPIHTS), Lisboa, 05 set. 2005. Seção Publicações. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/Katia%20Abbud.pdf>> . Acesso em 10 abr. 2008. p. 1.

titulares de direitos fundamentais gerais e especiais, típicos de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Tal concepção partia do fundamento de que tanto a criança quanto o adolescente não deveriam ser afastados de suas famílias, e ganhava força o posicionamento de que o foco principal da intervenção do Estado deveria se dar no enfrentamento “das causas estruturais ligadas às raízes históricas do processo de desenvolvimento político-econômico do país, tais como a má distribuição de renda e a desigualdade social”⁶.

Some-se a isto o cenário nacional de abertura democrática (1984), ascensão de um governo civil (José Sarney, 1985) e o apoio de alguns setores de vanguarda técnica do governo (Fundação Nacional do Bem Estar do Menor – FUNABEM – e Ministério da Previdência e Assistência Social), assim como suporte de organismos internacionais (Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF), e observamos a solidificação de um forte movimento nacional de oposição à Doutrina da Situação Irregular, representada pelo Código de Menores (Lei nº 6697/79):

As bases da doutrina da situação irregular voltam-se especialmente para crianças e adolescentes em situação de dificuldades, criminalizando a pobreza, causando profunda cisão na categoria infância, centralizando o poder de decisão nas mãos do juiz, judicializando as questões sociais, colocando no indivíduo a culpabilização pelas deficiências das políticas sociais básicas, centralizando a política de atenção à infância e à adolescência na FUNABEM e nos seus filhotes, as FEBENS [Fundação Estadual do Bem Estar do Menor].⁷

Em 1986, reconhecido o fracasso e a falência do modelo sustentado pela FUNABEM, esta se viu forçada a rever seus paradigmas, acolhendo a idéia de defesa dos direitos das crianças e incorporando novas demandas emergentes da sociedade civil⁸.

Esta articulação, em âmbito nacional, em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes consolidou-se com a criação da Comissão Nacional da Criança e Constituinte, que passou a influenciar o processo constituinte e, acolhendo as bases da Doutrina da Proteção Integral, fez inscrever, no texto constitucional de 1988, o art. 227.

⁶ RIZZINI, Irene; RIZZINI Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil** – percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2004, p. 47.

⁷ ABBUD, Kátia Carvalho. Op. cit. . p. 3.

⁸ RIZZINI, Irene. **A criança e a Lei no Brasil: Revisando a história (1822-2000)**. Rio de Janeiro: Edusu, 2002. p. 323 – informa que, no ano de 1987, a FUNABEM fez circular um documento sob o título ‘*Compromisso Político e Diretrizes Técnicas – 1987/1989*’, através do qual se propunha “a expandir suas linhas de atuação, desenvolvendo novos projetos e ocupando-se de temas candentes, relativos ao seu público-alvo, como a prostituição, as drogas, os maus-tratos, a legislação sobre o trabalho infanto-juvenil e ‘meninos de rua’, inclusive contado com orçamento, tendo como norte principal a ‘desativação’ das grandes escolas-internatos do Rio de Janeiro e Minas Gerais, transformando-os em pequenas unidades (os CRIAMs – Centros de Recursos Integrados de Atendimento ao Menor), repassando algumas para os Estados administrarem”.

Tal disposição, de caráter pioneiro, antecipou-se às regras da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20/11/1989, culminando na elaboração e publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir da vigência desta nova legislação, não havia mais espaço para a manutenção da estrutura governamental montada através da FUNABEM, que foi extinta em 1989, sendo criado o Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (CBIA), cuja missão era de apoiar, nacionalmente, a implantação do ECA, sem que exercesse qualquer função executiva das ações e medidas previstas.

Principalmente após a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8.742/93), o grande esforço nacional, tanto das instituições públicas quanto dos movimentos de defesa de direitos e organizações não-governamentais, passou a ser a implantação da nova estrutura prevista no ECA, em todos os níveis da federação, notadamente no âmbito municipal, diante da adoção do princípio da municipalização das políticas de atendimento à infância e juventude (art. 88, I, ECA), em concordância com a política de seguridade social prevista na CF/88 (art. 195, §10, e 204, I). A LOAS regulamentou o art. 203 da CF/88 e restringiu a ação estatal, na área de assistência social, somente a quem dela necessitar e não mais como instrumento de controle sócio-penal da pobreza.

Com esta finalidade, Estados e Municípios deram início à implementação da nova política de atendimento, através da criação dos Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e Adolescente (art. 88, II, ECA) – como órgãos definidores da política a ser instituída em cada nível – e dos Conselhos Tutelares, estes exclusivamente municipais, como órgãos de defesa local destes mesmos direitos (art. 136 do ECA).

Teve início o processo de descentralização político-administrativa, da União para os Estados e Municípios, tanto no que tange à coordenação quanto para a execução dos programas de proteção (destinados às crianças e aos adolescentes em risco pessoal e social) e sócio-educativos (destinados aos adolescentes em conflito com a lei), previstos no art. 90, I a VIII do ECA, operando, ao menos sob o prisma legal e pela primeira vez na história brasileira, a separação dos programas de atendimento, que deveriam ser executados inclusive em entidades ou unidades de atendimentos diferentes.

O CBIA foi extinto em 1995, juntamente com a Legião Brasileira de Assistência (LBA), sendo que suas atribuições foram assumidas por outros órgãos federais sem atuação executiva, com o objetivo de gestão de políticas públicas para a infância e juventude, através da separação definitiva das atividades voltadas à área da assistência social, daquelas voltadas para a defesa e garantia de direitos, que foram absorvidas pela área de direitos humanos.

Inicia-se, portanto, nova fase da política de atendimento à criança e adolescente no Brasil, superando-se o paradigma do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar), através de ações e programas ditados e executados a partir do entendimento da infância e a juventude como objeto de proteção – e não mais enquanto menores em situação irregular – e de um redirecionamento das atribuições do Estado e do papel da família e da sociedade, tendo como paradigma a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos.

Esta nova política de atendimento não limita a intervenção apenas à 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 universais, assistenciais – para os que dela necessitarem – e de proteção especial – quando os seus direitos forem ameaçados ou violados.

2.2 Da Doutrina da Proteção Integral

O ECA regulamentou a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro⁹, adotada pela CF/88 no art. 227. Sua promulgação, há dezoito anos, foi o resultado de lutas nacionais pelos direitos da infância, pautadas na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança¹⁰. Neste sentido, diz Kátia Abbud que: “Ao entrar em vigor, o ECA altera de forma substancial as relações do mundo adulto com a infância e a adolescência, através da oferta de novos paradigmas, referenciados na Doutrina da Proteção Integral”¹¹.

A proteção integral mantém vínculos estreitos com o princípio da dignidade humana, considerado um “princípio-matriz”, do qual emerge todo o ordenamento constitucional brasileiro. Declarada no artigo primeiro do ECA¹², esta proteção assegura a todas as crianças e

⁹ Na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), são consideradas crianças todos os menores de 18 anos, o que, na legislação brasileira compreende crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (entre 12 e 18 anos).

¹⁰ A Doutrina da Proteção Integral está consubstanciada também em outros instrumentos jurídicos de caráter internacional: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing, 1985), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad, 1990), a Convenção 138 da OIT, entre outras.

¹¹ ABBUD, Kátia Carvalho. Op. cit. p. 3.

¹² Art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente”(grifo nosso).

adolescentes, sem exceção, os direitos concernentes à sobrevivência, ao desenvolvimento pessoal e social e à integridade física, psicológica e moral.

A par da indispensável noção de sujeitos de plenos direitos, a Doutrina da Proteção Integral agrega outros valores da mesma grandeza e que devem ser considerados integradores de suas bases fundantes. Baseia-se esta doutrina, portanto, em um tripé fundamental em relação à criança e ao adolescente: (i) sujeitos de direitos; (ii) pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; (iii) prioridade absoluta.

Para uma melhor compreensão é necessário considerar a questão da vulnerabilidade e do valor, ou seja, do significado de crianças e adolescentes para o mundo adulto. A vulnerabilidade relaciona-se ao desconhecimento de seus direitos, por parte das crianças e dos adolescentes, aliada à impossibilidade de fazer valer esses mesmos direitos e suprir suas necessidades básicas de forma independente. Quanto ao valor, cabe considerar o seu reconhecimento como pessoas plenas, seres humanos integrais, que representam a continuidade da família e da sua própria comunidade.

José Fachinetto, citando João Batista Costa Saraiva, destaca que compreende-se o significado de *proteção* no sentido de resguardo às condições para a felicidade atual e futura, enquanto o termo *integral* relaciona-se à idéia de ser devida à totalidade dos seres humanos, nos seus mais variados aspectos, notadamente físico, mental, moral, espiritual e social¹³.

Para a consolidação desse novo paradigma, o ordenamento jurídico, ao estabelecer o reconhecimento da criança e do adolescente como *sujeitos de plenos direitos*, não o faz através do reconhecimento de direitos e deveres de terceiros, mas de forma direta e objetiva, sendo seus titulares todas as crianças e adolescentes, tanto numa perspectiva individual como coletiva.

A atuação legal deixa de incidir exclusivamente sobre a criança e o adolescente como se fossem os únicos responsáveis pela situação de fato, para deslocar-se, notadamente quanto à exigibilidade do cumprimento destes direitos, à família, à sociedade e ao Estado, assim definidos por Paulo Afonso Garrido de Paula:

[...] 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

¹³ FACHINETTO, Neidemar José. **Medida Protetiva de Abrigo: análise dialética e sua transformação social.** 2004. 217 f. Monografia (Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2004. p. 47.

considerado como sujeito de direitos, sendo-lhes devida a proteção integral perante a família, a sociedade e o Estado¹⁴

Como *condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*, expressamente prevista na CF/88 (art. 227) e na parte final do art. 6º do ECA, compreende-se muito mais do que a simples definição legal dos sujeitos desta proteção, mas como suporte hermenêutico na interpretação de todos os dispositivos da legislação. Por se acharem nesta peculiar condição, as crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, necessitando de “um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude”¹⁵.

Saliente-se o critério temporal que se mostra determinante, haja vista que o atendimento de certas necessidades dos indivíduos somente poderá se dar nesta fase de suas vidas, exigindo daqueles responsáveis pela garantia destes direitos um agir contemporâneo e imediato. De nada adianta, como assevera Paulo Afonso Garrido de Paula, buscar a efetivação de um direito depois de ultrapassada a fase da vida em que a pessoa dele mais se beneficiaria. Sintetiza o autor que:

A infância e adolescência atravessam a vida com rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável. Aquisições e perdas, privações e satisfações, alegrias e tristezas, prazeres e desgostos, êxitos e fracassos e tantos outros experimentos materiais e emocionais sucedem-se em intensidade e velocidade estonteante. Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e ingentes.¹⁶

O princípio da *prioridade absoluta*, inserido na CF/88 (art. 227) e repetido no art. 4º do ECA, deve ser compreendido de forma a permitir e viabilizar a plena eficácia das normas previstas na legislação (CF, ECA, LOAS etc.), inclusive aquelas decorrentes do direito internacional.

Relaciona-se a prioridade absoluta com a o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, já que os direitos das crianças e adolescentes devem ser validados com a presteza necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal.

¹⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

¹⁵ FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit. p. 49.

¹⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. cit. p. 39.

Em face desta imprescindível prestação no atendimento das necessidades das crianças e do adolescentes é que o legislador constituinte cunhou como dever da família, da sociedade e do Estado assegurá-las de modo pleno e prioritário. Nenhum outro segmento social foi distinguido com tão expressa e contundente força normativa como o dispensado à criança e ao adolescente.

Segundo lição de Dalmo de Abreu Dallari, a prioridade absoluta, enquanto garantia constitucional, deve ser entendida sob a perspectiva de que o atendimento das necessidades infanto-juvenis, no plano da administração pública “não pode ficar ao alvedrio de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário”, já que esta restrição ao poder discricionário do administrador emana da própria Constituição da República¹⁷.

Diante da clareza dessas disposições, é indesejável a afirmativa de que tanto o legislador constituinte quanto o ordinário pretenderam tornar expressa não apenas a forma de atuação, mas também o conteúdo mínimo do que se deve entender por *prioridade absoluta*, dando ao intérprete o ponto de partida para a interpretação do verdadeiro alcance da norma em apreço¹⁸.

A Doutrina da Proteção Integral parte do pressuposto, portanto, de que todos os direitos das crianças e adolescentes devem ser reconhecidos e se constituem em direitos especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento, devendo garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até dezoito anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, entre outros.

Sobre esta teoria, o Desembargador Siro Darlan, ex-Juiz Titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, assinala a importância da compreensão de que “as normas que cuidam de crianças e adolescentes devem tratá-los como cidadãos plenos, sujeitos, porém, à proteção prioritária, pois se trata de pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral”¹⁹.

O ECA significou uma total ruptura com a legislação anterior, o Código de Menores (Lei nº 6697/79), onde vigorava o princípio da situação irregular.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estatuto da Criança e do Adolescente** – comentários. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 425.

¹⁸ FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit. p. 52.

¹⁹ OLIVEIRA, Siro Darlan de. O Judiciário e a medida de abrigo no âmbito da proteção integral: a experiência do Rio de Janeiro. 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. 368.

Define o ECA ser dever da família, da comunidade em geral e do Poder Público assegurar a efetivação dos direitos reconhecidos nesta lei, assim como de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação da criança e do adolescente. Nestes casos, entram em cena os programas de proteção integral, que deverão ser formulados, executados e controlados pelo governo nos seus níveis federal, estadual e municipal, assim como pela comunidade e família.

O papel do Poder Judiciário é fundamental para possibilitar às crianças e aos adolescentes o acesso aos meios de defesa de seus direitos. O ECA normalizou a sua atuação, atribuindo também ao MP e aos Conselhos Tutelares a promoção e a fiscalização dos mesmos direitos e aos conselhos em âmbito nacional, estadual e municipal a competência para formularem as políticas públicas para a criança e o adolescente. A Justiça da Infância e da Juventude recebeu do ECA o múnus de intervenção junto à família e à criança nos casos típicos de descumprimento do poder familiar²⁰.

Uma vez dimensionado devidamente o seu alcance, a Doutrina da Proteção Integral, portanto, importa profunda ruptura na forma de intervenção da família, do Estado e da sociedade em relação à população infanto-juvenil, fazendo com que a política de atendimento, outrora baseada em práticas assistencialistas, se desloque para a efetivação das políticas públicas. Nesta ótica, temos que as políticas de assistência social ou de proteção especial, adquirem caráter supletivo, complementar e temporário e, mesmo quando necessárias, devem priorizar a manutenção dos vínculos familiares, consagrados no direito à convivência familiar, agora erigido a dogma constitucional, somente afastável em situação de extrema excepcionalidade:

Portanto, no que se refere principalmente ao atendimento a ser destinado a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, como nos casos de vítimas de negligências, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, a legislação de vanguarda operou profunda ruptura na forma de se dar esta intervenção, tanto em relação às práticas do Estado, quanto da sociedade e da família, já que estes indivíduos deixaram de ser objeto de proteção para serem considerados sujeitos de direitos.

2.3 Da Família

²⁰ Ibid. Op. cit. p. 368.

É indiscutível a importância da família como o primeiro ambiente a proporcionar a garantia de sobrevivência aos indivíduos, especialmente os mais vulneráveis, como as crianças e adolescentes, além de ser responsável pelo suporte afetivo fundamental para o seu desenvolvimento, a transmissão de valores éticos e a introdução dos mesmos na sociedade.

Interessante observar que, a despeito das profundas mudanças ocorridas ao longo do século XX, ainda predomina, no ideário da sociedade brasileira, o modelo tradicional de família nuclear - composto por pai, mãe e filhos. Este padrão raramente corresponde à diversidade vivenciada na realidade social, entretanto, com frequência, é o que orienta não apenas as políticas públicas e as legislações, mas também a maior parte dos registros históricos e estudos científicos.

Verifica-se, na realidade brasileira atual, uma diminuição no tamanho das famílias e uma diversificação dos tipos de arranjos familiares, destacando-se o aumento do número de famílias monoparentais, de famílias compostas por membros de várias gerações, dos domicílios multifamiliares (com várias famílias) e das unidades individuais²¹. Coexiste com essa família tradicional uma diversidade de outros arranjos familiares que, geralmente, são desqualificados por não corresponderem ao padrão familiar valorizado socialmente. Nosso ordenamento jurídico reflete esta tendência, preservando uma definição de família fortemente vinculada aos laços de sangue, à relação conjugal e ao padrão nuclear.

A jurista e professora Maria Helena Diniz assinala que inúmeros são os sentidos do termo família no vocabulário jurídico, sendo necessário limitarmos o sentido dessa palavra. No campo jurídico, encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família: (i) a amplíssima; (ii) a lata e (iii) a restrita. Nos dois primeiros sentidos, estão abrangidos os indivíduos ligados pelo vínculo da consangüinidade, afinidade e parentesco, chegando até a incluir estranhos²².

Para efeitos do presente trabalho, a família é considerada na acepção restrita do termo, reconhecida pela CF/88 como a decorrente do matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º). Inovou o legislador constituinte ao retirar a antiga expressão de que só seria família a constituída pelo casamento, reconhecendo como entidade familiar aquela oriunda da “união estável entre o homem e a mulher”, assim como a comunidade monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º), formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo

²¹ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar**. 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. 211-212.

²² DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9-10

conjugal²³. O ECA, por sua vez, reconhece como família natural “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25).”

A prevalência de viver e crescer no seio da família, preferencialmente a natural, antes de mais nada, se constitui em necessidade para a sobrevivência sadia e o pleno desenvolvimento do indivíduo, quando criança ou adolescente, motivo pelo qual o ordenamento jurídico erigiu à categoria de direito fundamental, impondo uma série de restrições, tanto à intervenção extrajudicial – promovida pelos Conselhos Tutelares e outras entidades, sejam ONGs ou órgãos públicos – quanto à judicial, já que a excepcionalidade ganha contornos muito severos, somente superada quando apresente situação de fato que coloque em evidente ameaça ou violação os direitos das crianças e adolescentes.

2.4 Do Direito à Convivência Familiar

Tanto a CF/88 quanto o ECA, conforme anteriormente mencionado, determinam como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado assegurar a crianças e adolescentes os seus direitos fundamentais, incluindo, entre eles, o direito à convivência familiar.

Sobre o reconhecimento da importância da convivência familiar e comunitária, posiciona-se Kátia Abbud:

Crianças e adolescentes, credores e proteção especial, vulneráveis e em condição peculiar de desenvolvimento, têm no vínculo com a família e a escola dois microcosmos onde esta proteção deve ser assegurada. O sentimento de pertencimento embasa as cenas que compõem a história de vida do indivíduo. O grau de vulnerabilidade de crianças e adolescentes está relacionado ao grau de desvinculação que lhes foi imposto no decorrer de suas vidas.²⁴

A discussão sobre o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em situações de risco passa pela análise dos diferentes aspectos dos problemas por eles enfrentados. É necessário considerar a prioridade a ser dada à sua manutenção no arranjo familiar de origem, evitando-se a separação e todas as suas implicações. Além disso, quando é

²³ Neste sentido, Código Civil de 2002, art. 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

²⁴ ABBUD, Kátia Carvalho. Op. cit. p. 6.

inevitável o afastamento, há que se pensar em como manter a vivência familiar, seja com a família da qual foram afastados, seja com outras famílias:

Na base da escala de valores estabelecida pela normativa vigente está a família natural, já que toda a criança tem o direito de ser criada e educado no seio de sua família (art. 19 do ECA), entendida, do ponto de vista jurídico, como comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25 do ECA) – que somente poderá ser excepcionalizada diante da violação severa dos deveres do pátrio poder, que inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança, ocasião em que poderá ser colocada em família substituta (biológica ampliada, não-consangüínea e estrangeira – nesta ordem) e, somente após esgotadas todas estas possibilidades, autorizar-se-á a institucionalização de criança ou adolescente em entidade de abrigo, por período temporário e como medida de transição para a retomada da convivência familiar.²⁵

Nas hipóteses em que os direitos da criança ou do adolescente estão ameaçados ou já foram efetivamente violados, regra estatutária prevê uma série de medidas que antecedem e procuram postergar ou evitar a suspensão do poder familiar²⁶. Destacam-se, entre essas medidas: (i) o encaminhamento do menor aos pais, mediante termo de responsabilidade; (ii) a inclusão da família em programas oficiais de auxílio; e (iii) a frequência obrigatória da criança à escola. No rol dessas medidas, consideradas preventivas ao abrigamento e à destituição do poder familiar, o ECA estabelece, como última opção a ser adotada, a colocação em família substituta, o que pode se dar mediante as formas de guarda, tutela e adoção²⁷.

Encontrando-se a criança ou o adolescente apartados convívio com seus pais, uma primeira opção a ser considerada, para garantir a efetividade do direito à convivência familiar, é o acolhimento por outros membros da família – a chamada família extensiva.

²⁵ MACHADO, Marta Toledo. **A proteção constitucional da criança e adolescentes e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Manole, 2003, p. 163-174, *apud* FACHINETTO, Neidemar José. Op. cit. p. 64, especifica em que consiste cada uma das formas de colocação em família substituta: *biológica ampliada*: formada pelos parentes da criança e adolescente (avós, tios etc.), com quem eles já mantêm vínculos hereditários, afetivos e sociais, com previsão legal no art. 28 § 2º do ECA; *não-consangüínea*: constituída por pessoas com quem a criança e adolescentes não guardam nenhum grau de parentesco ou outro laço de afinidade ou afetividade; *estrangeira*: formada por pessoas residentes em outros países, somente admitido através da adoção (art. 31 do ECA).

²⁶ Art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

²⁷ A **família substituta** pode ocupar o papel da família biológica de forma efetiva e permanente, como no adoção, ou de forma eventual, transitória e não definitiva, como na guarda e na tutela. Pode ser constituída por qualquer pessoa maior de 18 anos, independente do estado civil, e não precisa ter qualquer vínculo de parentesco com a criança.

A **guarda** confere responsabilidade pela assistência material, afetiva e educacional de uma pessoa até que esta atinja a maioridade. É uma medida que preserva o poder familiar e os vínculos com a família de origem. O guardião pode renunciar ao exercício da guarda sem impedimento legal, diferente do que ocorre com a adoção. É concedida a abrigos, a famílias guardiãs e candidatos a pais adotivos, durante o estágio de convivência, até que a sentença de adoção seja proferida.

A **tutela** é o poder do qual é investido o representante legal do menor de 18 anos, na falta dos pais – devido à destituição do poder familiar ou falecimento -, para gerir a vida e administrar seus bens.

Outra forma de propiciar vivência em família para esta população seria o acolhimento por famílias voluntárias, modalidade de guarda ainda muito escassa no Brasil. O acolhimento em famílias voluntárias ainda carece de apoios técnicos e financeiros, bem como da normatização do Estado, para que possa, de fato, adquirir status de política pública e se transformar em opção segura ao acolhimento institucional. Saliente-se que, mesmo nos países – principalmente na Europa - onde já há tradição nessa modalidade de guarda, esta não se apresenta como substituto ao atendimento institucional ou às políticas de adoção. Ao contrário, representa mais uma opção na busca de garantir a convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes em situação de abandono social. O objetivo dessa medida alternativa é proporcionar uma família substituta para aqueles menores cujos pais estejam impedidos de conviver com seus filhos, provisória ou definitivamente, evitando ou interrompendo a sua institucionalização em abrigos coletivos. Há, inclusive, situações em que pais biológicos ainda atuantes na vida da criança ou do adolescente podem preferir a instituição, temendo a perda do vínculo ou a interferência cultural caso seus filhos fiquem com outra família²⁸.

Nesses programas, tanto as famílias de origem como as eventuais famílias adotivas são acompanhadas para promover o retorno da criança ou aproximá-la gradativamente da família adotiva. Dessa forma, a criança ou adolescente nunca deixaria de estar sob os cuidados de uma família, seja enquanto espera pelo retorno à família de origem, ou enquanto aguardam por uma adoção.

No Brasil não há a tradição de acolhimento familiar de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade em contraposição ao abrigo institucional. Assim, a forma mais usual de colocação acaba sendo a adoção, o que, diferentemente da guarda e da tutela, implica a destituição do poder familiar original. Por significar esta destituição a ruptura definitiva dos vínculos familiares, a adoção é a última opção estabelecida no ECA, a ser aplicada apenas quando inexistirem chances de manutenção ou recuperação dos vínculos com a família de origem.

Desta forma, o acolhimento institucional continua sendo uma opção alternativa dentro da política de atendimento a crianças e adolescentes em situação de risco, seja pela inexistência de outras opções de acolhimento, seja pela dificuldade, como nos casos de adoção, da viabilização jurídica para a sua efetivação.

²⁸ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Op. cit. p. 223.

2.5 Da Realidade do Atendimento Institucional – Os Abrigos no Brasil

O atendimento institucional no Brasil é uma tradição no que diz respeito a crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, fundamentada na desqualificação da parcela da população a que pertencem, em sua grande maioria pobre e procedente de etnias não-brancas. Instituições religiosas e filantrópicas e, mais tarde, a própria ação estatal esforçaram-se para promover a adaptação dessa população aos padrões considerados aceitáveis. Contudo, essa estratégia não conferiu as condições de igualdade e inclusão, mas, pelo contrário, reforçou a idéia da presumida incapacidade destes indivíduos para a plena inserção na sociedade – o que, de certa forma, tornava natural a sua condição de subalternidade²⁹.

Antes do advento da CF/88 e do ECA, a colocação de crianças e adolescentes em instituições era utilizada como medida protetiva contra os desvios causados pelas condições sociais, econômicas e morais das famílias pobres, ou como medida corretiva dos desvios já verificados (no caso dos reformatórios). Cristalizaram-se, assim, as experiências das chamadas instituições totais, onde crianças e adolescentes viviam sob rígida disciplina e afastados da convivência familiar e comunitária.

É a partir da nova Constituição Federal (1988), da Convenção dos Direitos da Criança (1989), e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que estabeleceram-se direitos para as crianças e adolescentes brasileiros, indistintamente. Neste novo cenário, passa a ser prioritária a manutenção em família e na comunidade, introduzindo-se a obrigatoriedade do direito à convivência familiar e comunitária pelas entidades que oferecem programas de abrigo.

²⁹ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Op. cit. p. 217.

Brasil/grandes regiões: distribuição das crianças e dos adolescentes abrigados por situação de vínculo familiar

Situação Familiar	Regiões brasileiras					BRASIL
	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	
Com família e com vínculo	58,9	64,3	55,2	52,4	68,7	58,2
Com família e sem vínculo	29,2	18,6	23,4	28,3	19,0	22,7
Impedimento judicial	0,5	2,6	7,4	7,8	4,2	5,8
Subtotal com família	88,5	85,5	86,1	88,5	91,9	86,7
Com família desaparecida	8,5	8,3	6,2	6,0	4,2	6,7
Sem família	2,5	4,3	5,0	4,9	3,4	4,6
Subtotal sem família	11,0	12,6	11,2	10,8	7,6	11,3
Sem informação	0,5	1,9	2,7	0,6	0,5	2,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Como apresentado na tabela acima, mais de 80% das crianças e adolescentes institucionalizados têm família, revelando que ainda se mantém a institucionalização como caminho utilizado indiscriminadamente e, muitas vezes, considerado como o único possível para a proteção infanto-juvenil.

2.5.1 Da Medida de Abrigamento – Proteção e Provisoriedade

A intervenção dos chamados órgãos de proteção (Conselho Tutelar, Juizado da Infância e Juventude, Ministério Público, Programas de Assistência do Governo etc.) é garantida a qualquer criança ou adolescente que tenha seus direitos violados, afastado-o da família natural, quando necessário, e encaminhando-o para um ambiente seguro, até que sua situação seja definida.

Ao verificar qualquer situação de violação de direitos e, caso outras medidas não surtam efeitos, a autoridade competente deverá determinar e executar a medida de abrigamento. No gráfico a seguir, pode-se verificar quais as instituições que mais encaminham para o acolhimento institucional.

Brasil: instituições que mais encaminham crianças e adolescentes aos abrigos

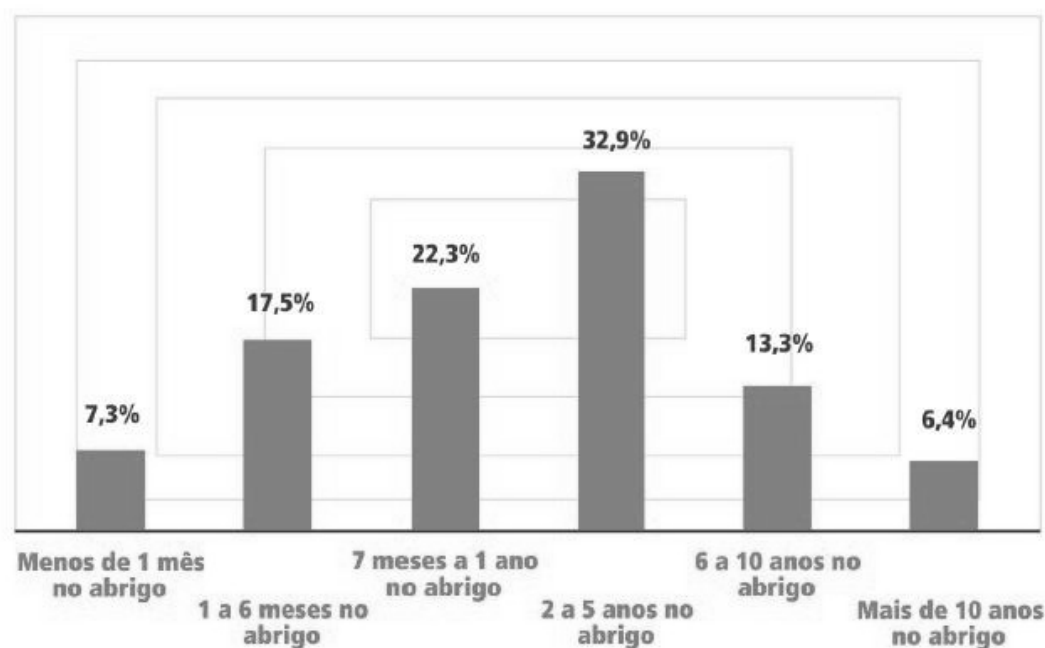


Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Importante frisar que é obrigatória a comunicação imediata, ou até o segundo dia útil, a contar da data da entrada na instituição, por parte do abrigo, ao juiz da Infância e Juventude (art. 93 do ECA). Isso é fundamental para verificar a regularidade e adequação da medida, pois sua aplicação alterará a essência de um dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente.

O ECA estabelece que a separação provisória de crianças e adolescentes de suas famílias é uma medida de proteção. Nosso ordenamento prevê a retirada do ambiente familiar exclusivamente quando isso se mostrar necessário para o bem-estar da criança ou do adolescente. Conforme será analisado na seqüência deste trabalho, o poder familiar poderá ser suspenso (e até mesmo extinto) nos casos em que os pais não cumprirem, injustificadamente, com suas obrigações enquanto guardiões. Ainda assim, isso se dará mediante a instauração de um processo judicial.

Brasil: proporção de crianças e adolescentes, segundo o tempo de abrigamento



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Entretanto, o que se percebe pelo gráfico acima é que, na realidade, a permanência de crianças e adolescentes nos abrigos estende-se muito além da desejável provisoriedade:

Ensina o Desembargador Siro Darlan que:

O ECA é claro em instituir a provisoriedade do abrigo. Porém, para que isso aconteça, há a necessidade de realização de um trabalho de reorganização da família de origem. Nesse sentido, o trabalho da equipe técnica tem de ser dinâmico, interdisciplinar e construtor de uma nova visão de sociedade, objetivando a busca da autonomia

Em linhas gerais, para que haja um trabalho efetivo, destacam-se duas diretrizes atuais: (i) para haver desinstitucionalização não basta o retorno ao lar, é preciso também a inserção na rede e o acompanhamento do processo; (ii) o comprometimento dos pais é prioritário para que os abrigos possam diminuir e para que possam durar menos tempo quando forem necessários³⁰.

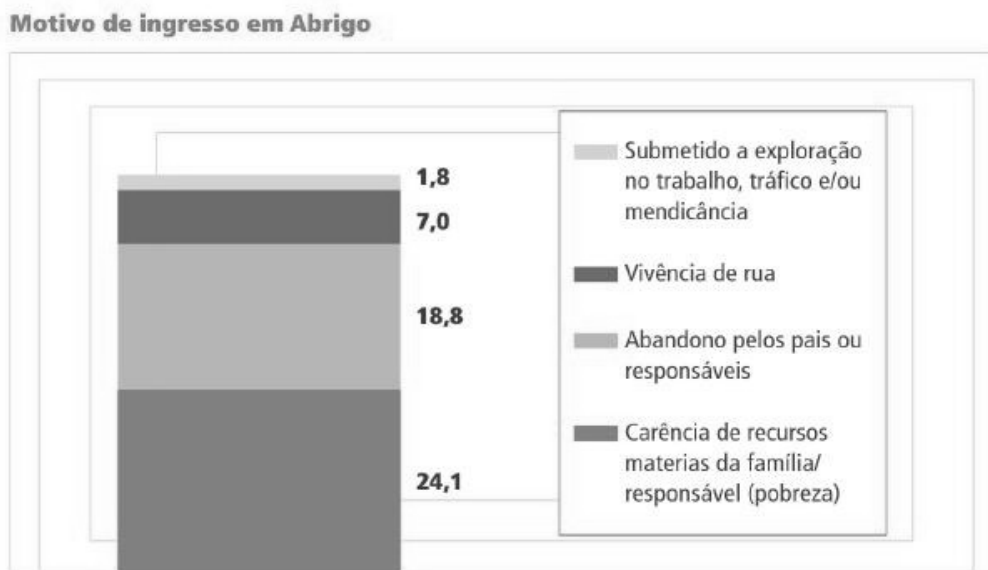
Por isso, tão logo realizada a acomodação da criança ou adolescente em um abrigo, inicia-se uma outra etapa que deverá ter como objetivo: (i) o retorno à família natural restrita (pais e irmãos) ou ampliada (avós, tios etc.) e (ii) não havendo êxito com o primeiro objetivo, deve-se proceder com o encaminhamento para a adoção. Para estas duas soluções devem ser direcionados os trabalhos com a criança ou adolescente após a estada em abrigo.

³⁰ OLIVEIRA, Siro Darlan de. Op. cit. p. 374.

2.5.2 Dos Motivos para o Abrigamento

Oito motivos respondem pela institucionalização de mais de 84,8% das crianças e dos adolescentes pesquisados pelo IPEA. São eles: a carência de recursos materiais da família (24,1%); o abandono pelos pais ou responsáveis (18,8%); a violência doméstica (11,6%); a dependência química de pais ou responsáveis (11,3%); a vivência de rua (7,0%); a orfandade (5,2%), a prisão dos pais ou responsáveis (3,5%) e o abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis (3,3%)³¹.

Brasil: motivos de ingresso em abrigo relacionados à pobreza



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

O gráfico acima demonstra que, apesar do disposto no art. 23 do ECA acerca da falta de recursos materiais não constituir motivo de suspensão do poder familiar, se considerarmos os motivos citados anteriormente e que podem ser relacionados à pobreza familiar, conclui-se que esta é responsável pelo ingresso de mais da metade (52%) das crianças e adolescentes nos abrigos.

Enid Silva assinala que:

³¹ Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Embora os motivos que determinaram o ingresso no abrigo não possam ser analisados de forma isolada, o fato de os pais se sentirem destituídos da função de provedores da manutenção das próprias famílias pode dar margem a uma série de violações de direitos, como, por exemplo, a exploração do trabalho infantil e a mendicância, que acabam por resultar no ingresso de crianças e adolescentes nos abrigos. Da mesma forma, a incapacidade de prover os bens necessários para a sobrevivência de seu núcleo familiar faz com que o pai ou responsável veja a institucionalização como uma opção real de garantia dos direitos básicos de seus filhos.³²

São as famílias pobres as mais negativamente afetadas pela implementação das políticas econômicas de ajuste, a partir dos anos 90, e pela ineficiência ou insuficiência das políticas sociais. Nos últimos anos, tem-se defendido de forma crescente que a família seja preconizada nas políticas sociais, surgindo esta no centro da agenda política, o que representa um avanço em relação ao passado conservador, em que a noção estereotipada de família apoiava práticas segregadoras e discriminatórias³³.

Cabe ao Estado, portanto, proporcionar os investimentos para erradicar a miséria, permitindo que as famílias pobres usufruam de bens e serviços indispensáveis à melhoria de sua qualidade de vida e à sua inclusão social. Talvez, assim, os milhares de crianças e adolescentes que hoje vivem em instituições ou nas ruas pudessem permanecer com seus familiares, em um ambiente de garantia e proteção de seus direitos.

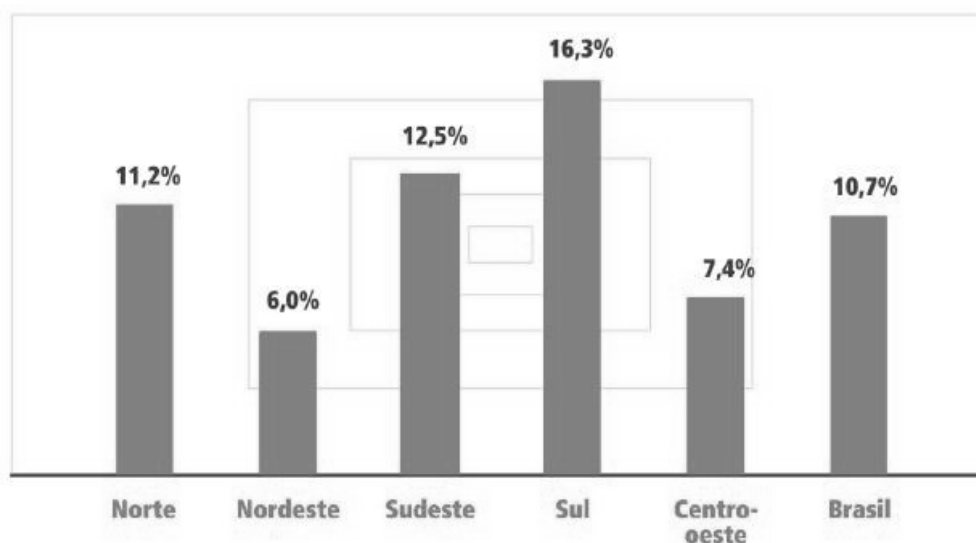
2.5.3 Da Incapacidade para Adoção - As “Crianças no Limbo”

Um dado alarmante, conforme o gráfico a seguir, é que apenas 10,7% das crianças e adolescentes nos abrigos pesquisados em todo o Brasil encontravam-se, judicialmente, em condições de adoção.

³² SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados**. 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. 58.

³³ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Op. cit. p. 215-217.

Brasil-grandes regiões: proporção de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

A grande maioria das crianças e adolescentes pesquisados (83%) encontrava-se “no limbo”, isto é, estava diante do paradoxo de ter uma família que, na prática, já abriu mão da responsabilidade do seu cuidado, em seu significado mais amplo, mas que, mesmo assim, ainda é juridicamente responsável pelos filhos que vivem nos abrigos.

Dos muitos dramas vividos pelas crianças e adolescentes brasileiros, um deles passa ao largo do olhar da mídia e da sociedade. Trata-se da realidade dos milhares de abrigos espalhados pelo país, onde hoje se concentram cerca de 80 mil meninos e meninas à espera de uma família. Dar voz a esses pequenos cidadãos é o principal objetivo da campanha *Mude um Destino*, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)³⁴.

A proporção de crianças e adolescentes em condições de ser adotada é muito baixa em todas as regiões do país, alcançando seu maior nível na Região Sul, com apenas 16,3%.

2.5.4 Dos Abrigos e da Convivência Familiar e Comunitária

O ECA estabeleceu princípios que exigiram de muitas instituições atuantes na área o início de um processo de mudanças em direção à readequação de seus programas. Especial

³⁴ Trecho extraído da *Cartilha Adoção passo a passo. Campanha Mude um Destino*. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2007.

ênfase é dada ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária, cuja violação implica em uma das principais privações a que são submetidas crianças e adolescentes abrigados em entidades.

Levando-se em conta que o atendimento em abrigos ainda cumpre um papel importante no cuidado com crianças e adolescentes brasileiros em situação de risco, é fundamental humanizar o cuidado institucional por meio do incentivo ao reordenamento dos programas existentes, através da superação do enfoque assistencialista, fortemente arraigado nesses programas, em direção a modelos que contemplem ações emancipatórias, com base na noção de cidadania e na visão de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Nesse sentido, o estudo do IPEA analisou aspectos da organização dos programas de abrigo pesquisados que possibilitam indicar seu nível de adequação às diretrizes de reordenamento estabelecidos no ECA. Com relação à convivência familiar, foram considerados quatro quesitos: (i) preservação dos vínculos com a família de origem; (ii) apoio à reestruturação familiar; (iii) incentivo à convivência com outras famílias, e (iv) semelhança residencial dos abrigos. No que tange à convivência comunitária, foram considerados: (i) a realização de ações que visam à participação de crianças e adolescentes na vida da comunidade local e (ii) a realização de ações que proporcionam a participação de pessoas da comunidade no processo educativo do abrigo.

Dos abrigos pesquisados pelo IPEA, apenas 5,8% realizam as duas ações consideradas importantes para a “preservação dos vínculos familiares” dos abrigados: incentivam a convivência com a família de origem e não desmembram grupos de irmãos abrigados. Em relação ao “apoio à reestruturação familiar”, apenas 14,1% das instituições pesquisadas implementam ações nesta direção: realizam visitas domiciliares; oferecem acompanhamento social; organizam reuniões ou grupos de discussão e apoio e encaminham para inserção em programas de auxílio/proteção à família. As instituições que promovem ações visando a “convivência dos abrigados com outras famílias” atingem 22,1% do total pesquisado, segundo os seguintes critérios: incentivam a integração em família substituta (guarda, tutela ou adoção); utilizam programas de apadrinhamento e enviam relatórios periódicos para a Justiça da Infância e da Juventude. No quesito “semelhança residencial”, foram encontradas somente 8% de instituições que têm estrutura física semelhante a de uma residência comum e que, ao mesmo tempo, atendem a um pequeno número de crianças e adolescentes abrigados³⁵.

Quanto à “participação na vida da comunidade local”, observou-se que apenas 6,6% dos programas de abrigo pesquisados utilizam o conjunto de serviços públicos disponíveis na

³⁵ Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

comunidade (saúde, educação, lazer, profissionalização, entre outros) para as crianças e adolescentes sob sua proteção. O quesito relativo à “participação de pessoas da comunidade no projeto pedagógico” foi aquele que alcançou o maior percentual de adequação (27,5%), englobando tanto as instituições que possuem trabalho voluntário na equipe de serviços complementares, quanto as que possuem vizinhança com disponibilidade de serviços comunitários³⁶.

2.6 Da Adoção

O termo adotar vem do latim *adoptare*, que significa *escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar*.

Do ponto de vista jurídico, a adoção transfere os direitos e responsabilidades de pais biológicos para uma família substituta e confere à criança ou ao adolescente os direitos e deveres de filho. A adoção é regulamentada no novo Código Civil (CC/02) e no Estatuto da Criança e do Adolescente e ocorrerá depois de esgotados todos os recursos junto à família de origem.

A legislação brasileira tem como regra geral a convivência de crianças e adolescentes com suas famílias naturais. Conforme citado anteriormente, o artigo 19 do ECA é taxativo ao indicar que toda criança e todo adolescente brasileiro “tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Todos os vínculos jurídicos com os pais biológicos e parentes são anulados com a adoção, salvo os impedimentos matrimoniais. A adoção é irrevogável, mas os pais adotivos sujeitam-se à perda do poder familiar, pelas mesmas razões dadas aos pais biológicos.

Podem se candidatar a adotar homens e mulheres, não importando o estado civil, desde que maiores de 18 anos e que sejam 16 anos mais velhos do que adotado. Não podem adotar os avós e irmãos do adotando. Com relação ao ambiente familiar, o ECA define apenas um critério objetivo do que seja um ambiente inadequado, qual seja, com a presença de pessoas dependentes de álcool e drogas. Porém, na avaliação realizada pelas equipes das

³⁶ Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Varas da Infância e da Juventude, é considerada uma ampla categoria de aspectos que dêem indícios de um ambiente salutar para o adotando.

De acordo com o ECA, em princípio, a adoção depende do consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotando e é uma decisão revogável até a publicação da sentença da adoção. Este consentimento será dispensado se os pais do adotando forem desconhecidos ou tiverem desaparecido, se tiver ocorrido a destituição do poder familiar, ou se o adotando for órfão e não tiver sido reclamado por qualquer parente por mais de um ano.

2.6.1 Da Demora dos Processos de Adoção

Por que a adoção demora tanto no Brasil? Um casal espera durante anos na fila de adoção, enquanto milhares de meninos e meninas crescem nos abrigos e perdem a chance de ganhar uma nova família. A psicóloga Lídia Weber, do Departamento de Psicologia da Universidade Federal do Paraná, autora de diversos livros sobre adoção e uma das mais importantes pesquisadoras do assunto, desmistifica a questão da adoção no país e aponta as principais razões desta demora. Uma das mais relevantes é a exigência do adotante, sendo muitas vezes o limite de idade maior que a preferência pela cor da pele. O outro fator essencial apontado pela autora envolve a destituição do poder familiar.

Usa-se a expressão “adoção tardia” para fazer referência à adoção de crianças maiores ou de adolescentes, o que remete à idéia de uma adoção fora do tempo adequado, reforçando de certa forma o preconceito de que ser adotado é prerrogativa de recém-nascidos e bebês. Ao mesmo tempo, essa expressão também traz a idéia de atraso e, conseqüentemente, de urgência na colocação da criança ou do adolescente em família substituta. O aspecto mais pernicioso do prolongamento da espera da criança por uma família diz respeito ao período em que ela permanece em situação jurídica e familiar indefinida.

O rigor imposto desde o ECA para o processo de adoção pode, dependendo da interpretação da lei, dificultar a realização de adoções. A legislação estabelece que a suspensão do poder familiar é uma medida extrema e, em concordância com essa percepção, devem ser implementados programas sociais de assistência à família visando a reintegração e a harmonia familiar. A colocação em família substituta é uma medida de exceção, quando findados todos os recursos de recuperação familiar. Se todas as tentativas de auxílio fracassarem, decide-se pela disponibilização da criança ou do adolescente para a adoção.

Com efeito, nos Estados em que a burocracia tende a ser lenta, reforça-se a opção pelo acolhimento informal, ou, como é o caso do Brasil, pela conhecida “adoção à brasileira”³⁷, que consiste em registrar uma criança como filho natural sem tê-lo concebido, de forma a evitar a burocracia de um processo regular de adoção. Esta é uma prática antiga no país, registrada desde o período colonial. A este respeito, Joice de Melo Vieira, em Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, assinala que: “a visão negativa e a incredulidade que os brasileiros nutrem em relação à Justiça, aliada ao desejo pessoal de omitir a adoção simulando que gerou a criança, contribui para que a adoção à brasileira pareça continuar sendo a regra entre nós”³⁸.

Os grupos de apoio à adoção podem ser agentes importantes de diálogo entre pretendentes e pais adotivos com as autoridades que legislam e atuam no campo da adoção, sendo importante que se mantenham independentes das Varas da Infância e da Adolescência. Assim, no entender de Joice Vieira, “eles podem constituir em uma esfera de equilíbrio entre Estado e sociedade civil em matéria de adoção”³⁹.

2.6.2 Da Liberação para Adoção

Uma criança ou adolescente só é liberado para adoção quando: (i) os pais, ou seu responsável legal, dão consentimento para adoção; (ii) os pais são desconhecidos e não há registro de nascimento ou qualquer outro recurso que possibilite a identificação e localização dos mesmos; (iii) os pais foram destituídos do poder familiar.

Na primeira hipótese, pai e mãe devem manifestar perante o juiz e o promotor de justiça que, de comum acordo e por livre e espontânea vontade, consentem que seu filho seja entregue em adoção. Na verdade, o que ocorre com frequência, em especial nos casos de bebês em que as mães desistem de assumi-los ainda na maternidade, é que, sob a alegação de que o pai é desconhecido, a criança é prontamente liberada para a adoção, contando unicamente com o consentimento da genitora.

³⁷ Na “adoção à brasileira” geralmente há o desconhecimento de que a mãe biológica tem o direito de reaver a criança se não tiver consentido legalmente a adoção, ou se não tiver sido destituído o poder familiar.

³⁸ VIEIRA, Joice Melo. **Os Filhos Que Escolhemos : discursos e práticas da adoção em camadas médias.** 2004. 192 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. p. 74.

³⁹ Ibid. p. 144.

O encaminhamento tardio, feito pela própria família de origem, é motivado principalmente pelo preconceito social em relação à atitude de entregar um filho à adoção, aliado à dificuldade em decidir pela adoção. Isto representa uma das razões que levam tantas crianças e adolescentes a passarem grande parte de suas vidas institucionalizados, afastados de suas famílias de origem e incapacitados para adoção, uma vez que não houve a destituição do poder familiar.

Na segunda situação, em se tratando de criança cuja origem seja totalmente desconhecida, nem sempre são realizadas investigações profundas para identificar seus pais, sendo comum encaminhá-las para adoção quando o juiz decide por caracterizar o abandono. Joice Vieira chama atenção para o fato de não ser totalmente descartada a possibilidade de se cometer o equívoco de destinar para adoção uma criança desaparecida cujos parentes ainda estejam a procurá-la⁴⁰.

A terceira e última hipótese prevê a destituição do poder familiar dos pais biológicos. Este é um tema polêmico que envolve os interesses da criança, da família biológica e da família adotiva ou substituta e, de forma mais ampla, de toda a sociedade, pois influencia e determina irremediavelmente o destino de nossas crianças e adolescentes. Cabe, portanto, analisar o instituto jurídico do poder familiar, a fim de uma melhor compreensão de sua importância, desde suas origens, fundamentos e características até os deveres e obrigações inerentes a este múnus e as suas vias de suspensão e destituição, a fim de garantir às crianças e adolescentes o exercício pleno do direito fundamental à convivência familiar.

⁴⁰ VIEIRA, Joice Melo. Op. cit. p. 65.

3 DO PODER FAMILIAR

3.1 Noções Gerais

3.1.1 Breve Histórico do Poder Familiar

O poder familiar - antigo “pátrio poder” - é um instituto que se alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família.

A urbanização da sociedade, a industrialização, a nova posição da mulher no mundo ocidental, a globalização e o avanço tecnológico e das telecomunicações, trouxe profundas e irremediáveis mudanças de comportamento, colocando em destaque no “pátrio poder” os deveres dos pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, deixando em segundo plano os respectivos interesses dos pais.

A modificação deste entendimento da relação entre pais e filhos é historicamente recente. Até o século XIX e início do século XX, compreendia-se ainda o “pátrio poder” no sentido da *patria potestas* do Direito Romano.

A *patria potestas* representava um poder incontestável do chefe de família (*pater familias*), sendo assim considerado o homem que não tem ascendente masculino vivo ou que, no caso de existir esse ascendente, seja emancipado. O *pater familias* é pessoa *sui juris*, ou seja, não sujeita ao poder de ninguém, mesmo que não tenha mulher nem prole, pois *pater* entende-se no sentido de chefe de casa - real ou potencial.

A família romana era alicerçada na autoridade suprema do *pater* e na religião, tendo o “pátrio poder” uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* era o sacerdote do culto doméstico, o juiz, o comandante e o chefe daquele grupo humano, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era de fundamental importância para a permanência e solidez do grupo como célula do próprio Estado.

O *pater* exercia o *ius vitae et necis* (direito de vida e de morte) sobre o filho e demais membros do seu clã, sendo a ele conferido o direito de punir, vender e matar os filhos, embora não se tenha registro histórico de que chegasse a este extremo. Os filhos, por sua vez, não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris*, nem possuíam bens próprios.

Deve-se em grande parte à economia agrária tal rigidez e severidade implacável da potestade romana, enquanto que o povo helênico possuía uma economia sobretudo comerciante e marítima. Com a evolução dos costumes, este rigor da jurisdição paterna na primeira concepção romana foi pouco a pouco arrefecendo. A partir do século II, a atrocidade começa a ser substituída pela piedade, passando o *filius familiae* a gozar de certa autonomia, como a participação nos comícios (*ius suffragii*).

Quanto aos direitos civis, tem-se a cessação por morte ou *capitis deminutio* do *pater*, bem como a elevação do filho a certas dignidades maiores ou emancipação voluntária, o que vale dizer que a *patria potestas* era vitalícia.

Ao tempo do imperador Constantino, aprovava-se a venda de filho recém-nascido, motivada pela extrema pobreza dos pais, ressalvada a restituição deste à antiga condição, por iniciativa do pai ou do próprio filho, mediante a oferta do preço que valesse (Código, Livro IV, Título 43, fr.2).

É com a codificação de Justiniano que o “pátrio poder” despe-se da violência da era republicana, já não mais sendo admitido o *ius vitae et necis*.

Durante a Idade Média, confronta-se a noção romana de “pátrio poder” com uma compreensão mais branda da autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros.

No direito germânico, não havia a severidade da *potestas* romana, ressaltando-se a natureza dúplice do instituto, no sentido de que gerava o dever do pai e da mãe criarem e educarem o filho. Além disso, a autoridade paterna cessava com a capacidade do filho.

A noção romana, mesmo mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito Português.

No direito das Ordenações, predominou a sistemática romana, com o poder conferido exclusivamente ao pai de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição e administrar o seu patrimônio. A maioria não fazia cessar o “pátrio poder”.

A Resolução de 31/10/1831 fixou aos 21 anos o termo da menoridade e a aquisição da capacidade civil.

De acordo com o CC/02, atinge-se a maioria aos 18 anos. Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. A nova ordem constitucional não faz mais distinção entre filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos, diferenciação esta que era profundamente injusta.

Ao longo do tempo, o “pátrio poder” perdeu o vigor da *potestas* do *pater familias*, para ir se atenuando, sendo hoje compartilhado entre o pai e a mãe em igualdade de condições, conforme expresso dispositivo da CF/88 (art. 226, § 5º).

De acordo com Sílvio Venosa: “Na noção contemporânea, o conceito [de pátrio poder] transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e da maternidade”⁴¹.

3.1.2 Denominação e Conceito

O atual Código Civil, em consonância com a igualdade constitucional entre o homem e a mulher, apresentou a nova denominação de “poder familiar”. Esta designação para o milenar instituto do “pátrio poder” foi muito criticada pelos doutrinadores, pois, além de ter mantido parte da antiga expressão (poder), aparentemente atribui prerrogativa à família (familiar) e não aos pais.

Atualmente, o poder familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Novas nomenclaturas para o instituto foram sugeridas pela doutrina - “pátrio dever”, “poder-dever”, “poder de proteção”, “poder parental” ou “responsabilidade parental” - todas as conceituações revelando um deslocamento semântico da autoridade para a proteção.

Kátia Maciel, Promotora de Justiça de Família do Rio de Janeiro e coordenadora do trabalho “Curso de Direito da Criança e do Adolescente : Aspectos Teóricos e Práticos”, projeto desenvolvido pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM) em 2006, comenta sobre a nova denominação do instituto do poder familiar:

Não obstante a denominação inapropriada, fato certo e indiscutível é que este envelhecido instituto adquiriu feições modernas e consolidou a extinção definitiva do modelo de família patriarcal do direito romano, ou da chefia da sociedade conjugal pelo marido, com a mulher no papel de mera colaboradora⁴².

O poder familiar é um direito-função cuja posição intermediária encontra-se entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo. Não se trata de relação obrigacional e nem de direito real sobre a pessoa dos filhos. Os atributos do poder familiar dizem respeito à pessoa do filho e ao seu patrimônio.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 367.

⁴² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. **Poder Familiar**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 75.

Esse *múnus* advém de uma necessidade natural, conforme assinala Maria Helena Diniz, uma vez que todo ser humano, durante a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens⁴³.

Sob o ponto de vista do filho, o poder familiar encerra um conteúdo de honra e respeito, sem que isso signifique atualmente subordinação. Visto sob o prisma dos pais, muito mais do que uma regra moral, o poder familiar engloba um conjunto de deveres com relação aos filhos, sendo muitas vezes conceituado pela doutrina como pátrio dever.

O CC/02, assim como o diploma anterior, sem defini-lo, dispõe no art. 1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Sílvio Venosa fixa seu conceito como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens”⁴⁴.

Destacando o caráter de direito-função do instituto, Kátia Maciel o define como:

[...] complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não o podem transferir a título gratuito ou oneroso⁴⁵.

3.1.3 Características do Poder Familiar

Constitui-se um *múnus público*, pois, como já dito anteriormente, é um *direito-função* e um *poder-dever* que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo.

É *irrenunciável*, pois os pais não podem abrir mão dele.

É *inalienável* ou indisponível pois origina-se na paternidade natural ou legal, não podendo ser transferido a terceiros, a título gratuito ou oneroso, por iniciativa dos titulares. Trata-se de condição existencial entre pai e filho. Mesmo quando ocorre o consentimento dos pais no processo de adoção, estes não atuam transferindo o “pátrio poder”, mas renunciando a ele. Indiretamente, também, renunciam ao “pátrio poder” quando praticam atos incompatíveis com o seu exercício. Contudo, por exclusivo ato de sua vontade, não podem os pais renunciar ao poder familiar. No antigo Código de Menores, revogado, havia a permissão para a

⁴³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 439.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 367.

⁴⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. Op. cit. p. 76.

delegação “pátrio poder”, a qual foi abolida do ordenamento pátrio. Na hipótese de guarda, alguns dos direitos e deveres do poder familiar podem ser atribuídos ao guardião.

É *indivisível*, porém o seu exercício é cindido quando se trata de pais separados, por exemplo, dividindo-se as incumbências. No caso de guarda, atribuem-se alguns dos deveres inerentes ao “pátrio poder”, porém, este não é transferido nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

É *imprescritível* e, mesmo que os titulares do poder familiar, por qualquer motivo, encontrem-se impedidos de exercê-lo, este não se extingue pelo desuso. Somente a extinção, nos casos previstos em lei, poderá terminá-lo.

3.1.4 Titularidade

Até o advento da Constituição de 1988, que garantiu a igualdade jurídica entre homens e mulheres, era manifestamente proeminente na legislação brasileira a posição do marido no exercício do então “pátrio poder”.

Em 1890, o Decreto 181 concedia à viúva o “pátrio poder” sobre os filhos do casal, que seria extinto, porém, se convolava novas núpcias. Neste caso, ao filho era dado um tutor.

Desde o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), a mulher não perde mais o múnus familiar no caso de novas núpcias, hoje garantia expressa a ambos os cônjuges no art. 1.636 do CC/02. Este mesmo Estatuto alterou a redação do art. 380 do Código Civil de 1916 (CC/1916), estabelecendo que a mulher poderia exercer o “pátrio poder” como colaboradora e juntamente com o seu marido, cujas decisões prevaleceriam, mas ressalvando-se à ela o direito de recorrer ao judiciário para solucionar divergências. Esta alteração já significava claro progresso, tendo em vista que na redação originária o exercício do “pátrio poder” caberia exclusivamente ao marido, sendo apenas deferido à mulher quando o mesmo faltasse ou fosse impedido de exercê-lo, casos em que a mulher passava a exercer a chefia da sociedade conjugal. A CF/88 demoliu essa construção⁴⁶ e, em 1990, foi a vez do ECA acentuar a divisão igualitária de tarefas⁴⁷.

⁴⁶ CF/88, art. 226 § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁴⁷ ECA, art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer um deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

Atualmente, ambos os pais devem exercer o poder familiar em ambiente de compreensão e entendimento, sendo os conflitos, em última análise, definidos pelo judiciário.

A separação de um homem e uma mulher, seja ela fática ou judicial, não altera o poder familiar dos pais com relação à sua prole (art. 1.632 do CC/02), pois este decorre da paternidade e da filiação e não do casamento.

É de acordo com este princípio que o atual Código Civil se reporta também à união estável. Ocorrendo a separação, a guarda normalmente ficará com um dos pais, assegurado ao outro o direito de visitas. Esta situação não afasta o poder parental do pai ou da mãe, mas, na prática, muitas vezes o cônjuge que não detém a guarda tem seu poder familiar enfraquecido, podendo recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direto deste poder pelo guardião não está sendo conveniente.

O art. 1.633 do CC/02 trata do filho não reconhecido pelo pai, caso em que o poder familiar será exercido exclusivamente pela genitora. Se desconhecida a mãe, ou incapaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

3.2 Dos Deveres - Aspectos Pessoais

Os deveres dos pais (biológicos ou civis), inerentes ao poder familiar, quanto à pessoa dos filhos menores é matéria disciplinada no art. 22 do ECA, juntamente com a relação de encargos e direitos do art. 1634 do CC/02. É mister ter em mente que estes dispositivos legais precisam ser interpretados em cotejo com os direitos fundamentais enumerados no art. 227 da CF/88.

3.2.1 Do Dever de Criação e Educação

Logo no inciso I do art. 1634 do CC/02 tem-se que é dever dos pais criar e educar o filho, regra prevista no art. 229 da CF/88 e também no ECA, art. 22. A este dever corresponde o direito do fundamental do filho à educação e à profissionalização.

A educação é um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo ser assegurado pelo Poder Público, encarregado de fornecer as condições necessárias à sua

efetivação⁴⁸. Entretanto, o ordenamento pátrio não traz uma definição, em exatos termos, do que consiste “criação” e “educação”. É na doutrina que pode ser encontrada essa conceituação, como a de Kátia Maciel:

Educar significa orientar a criança, desenvolvendo sua personalidade, aptidões e capacidade, conceder instrução básica ou elementar, ensino em seus graus subseqüentes, incluindo a orientação espiritual, tudo dentro do padrão da condição socioeconômica dos pais⁴⁹.

A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Ao faltar com esse dever, o progenitor submete-se a sanções de ordem civil e criminal, respondendo pelo crime de abandono material, moral e intelectual (artigos 224 a 246 do CP). Cabe lembrar que também é incumbência dos pais fornecer meios para os tratamentos médicos que se fizerem necessários.

Saliente-se, por oportuno, que a doutrina e jurisprudência ampliaram ao alimentando, sem renda própria, o pensionamento, até os 24 anos de idade, desde que este esteja cursando ensino médio ou universitário, o que prorroga o dever de educar o filho, mesmo após completar a maioridade civil.

Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos (CC/02 art. 1.634, VII). Cumpre lembrar que o respeito deve ser recíproco, não se tratando aqui de uma subordinação hierárquica. Em casos extremos, o desrespeito e a desarmonia podem ocasionar a suspensão ou perda do poder familiar. O direito de correção e disciplina estão acoplados ao poder familiar e devem ser exercidos com moderação, objetivando sempre impor os limites necessários à boa convivência familiar e social. Os pais devem observar sempre as regras mínimas de respeito, liberdade e dignidade do filho (art. 18 do ECA).

O ordenamento jurídico brasileiro, como resquício do antigo “pátrio poder”, ainda prevê o castigo como meio de exercício do dever de educar, o que se infere do art. 1.638 do CC/02, que repete regra do diploma anterior, regulando o castigo e punindo-o por seu uso imoderado, o que pode, inclusive, acarretar a perda do poder familiar. Por sua vez, o Código Penal (CP) tipifica o crime de maus tratos, previsto no *caput* do art. 136⁵⁰.

O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. A respeito da tênue linha entre a moderação dos castigos disciplinadores e a violência física e

⁴⁸ CF/88, Art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

⁴⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 102.

⁵⁰ CP, Art. 136: “Expôr a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.” O ECA acrescentou o §3º deste artigo: “Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.”

psicológica, temos a lição do advogado, professor e membro do Conselho Nacional de Justiça, Paulo Luiz Netto Lôbo:

Deixando de lado as discussões havidas em outros campos, sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais.⁵¹

Como extensão ao dever de educar, compete aos pais exigir do filho os serviços próprios de sua idade, respeitando-se neste ponto a legislação trabalhista específica que regulamenta o trabalho do menor, assim como os direitos fundamentais relativos à educação formal, à saúde e à vida.

3.2.2 Do Dever de Guarda

Este dever jurídico e material, que corresponde ao direito fundamental do filho de ser cuidado, é legalmente previsto no art. 22 do ECA e no art. 1.634, II, do CC/02. Somente em casos excepcionais a guarda pode ser suprimida.

Denomina-se guarda comum ou natural a que é exercida pelos pais sobre os filhos menores enquanto estiverem juntos, sob o mesmo teto. Outras modalidades de guarda podem apresentar-se: a guarda unilateral, a guarda compartilhada ou, ainda, a guarda em favor de terceiro (familiar ou não).

Por não estar ligada à essência do poder familiar, a guarda pode ser apartada e atribuída a um só dos pais ou a terceiros. Por outro lado, é um elemento de fundamental importância do poder familiar, que reflete em outros direitos indisponíveis como o de alimentos e o de conviver com o genitor não-guardião.

O direito de visita, por sua vez, significa a oportunidade de convivência entre filho e o não-guardião. Quando no exercício da guarda, o genitor ou terceiro deve favorecer o acesso entre o não-guardião e o infante. Sob o prisma dos pais, trata-se de um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho. Sob a ótica do filho, configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais que não o cumprirem espontaneamente, inclusive mediante ação de indenização por dano moral⁵².

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 07 março 2008.

⁵² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 94.

A norma legal que fundamenta o direito de visitas dos pais menciona a possibilidade do visitador de fiscalizar a educação e a manutenção do filho visitado (art. 1589 do CC/02). Se, por um lado, fiscalizar o exercício da guarda não é privilégio exclusivo daquele que exerce o poder familiar, por outro, a interferência do visitador não é pacífica, posicionando-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por vezes, contrariamente à prestação de contas sobre o emprego de verbas pagas a título de pensão alimentícia⁵³. Na verdade, as relações familiares não podem ficar subsumidas às regras do direito obrigacional, e quando se trata de fiscalizar a manutenção do filho, o não-guardião irá imiscuir-se nas decisões unilaterais de quem detém a guarda do menor.

Além de significar o direito de manter o filho junto de si, a guarda também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Estão abrangidos por ela também o dever de assistência e representação.

Conforme mencionado anteriormente, a guarda dos filhos não está vinculada à culpa de qualquer dos pais quanto à falência do relacionamento, pois o objetivo da atual lei civil é atender aos interesses dos filhos, obedecendo aos ditames constitucionais que passaram a nortear o Direito de Família.

A guarda jurídica (poder de decisão e representação do filho menor) não precisa ser unilateral, o direito dos pais de ter o filho em sua companhia é o que se desmembra (art. 1.632 do CC/02). Havendo divergências entre eles, mesmo que coabitem juntamente com o filho, a autoridade judiciária poderá ser acionada para intervir na solução do dissenso (art. 21 do ECA c/c parágrafo único do art. 1.613 do CC/02).

Por vezes, verifica-se o descaso e descuido dos genitores com relação ao exercício de vigilância sobre o filho, seja este criança ou adolescente. Saliente-se que os pais são responsáveis também pelos danos causados pelo filho menor que estiver em sua companhia e sob sua guarda (art. 932, I, CC/02).

A responsabilidade de velar, cuidar e ter o filho sob sua companhia é tão relevante que a culpa dos pais não precisa ser demonstrada (art. 933 do CC/02). Há, nestes casos, uma presunção *juris tantum* (decorrente do próprio direito) de culpa, necessitando a vítima provar apenas o dano e que o mesmo foi causado por fato culposo do filho.

Poderão ser acionados judicialmente os pais omissos em seu dever de guarda, conforme dispõem os arts. 129 e 249 do ECA e art. 247 do CP.

⁵³ Apelação Cível nº 2006.001.30228, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Des. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/09/2006.

Os pais têm o direito de reclamar os filho de quem ilegalmente os detenha (art. 1.634, VI, CC/02). Para sua efetivação, os pais poderão valer-se da competente ação de busca e apreensão que, neste sentido, é muito similar ao direito de seqüela oriundo do direito das coisas. Em se tratando de pais separados, muitas vezes é suficiente o pedido de modificação de guarda, evitando-se uma solução traumática como a busca e apreensão com tutela liminar. Cada caso concreto merece ser analisado, almejando-se uma solução menos dramática.

3.2.3 Do Dever de Representação

A representação dos filhos até completarem 16 anos e, depois dessa idade, a assistência ou autorização para certos atos até os 18 anos, é disciplinada no inciso V do art. 1634 do CC/02. Esta regra é repetida no art. 1.690 do mesmo diploma legal, no capítulo que trata do usufruto e administração dos bens de filhos menores.

O art. 142 do ECA e o art. 1.692 CC/02 conferem à criança e ao adolescente o direito de defender seus direitos através de curador especial, a requerimento deste ou do Ministério Público, toda vez que seus interesses venham a colidir com os de seus pais ou responsável, no exercício do poder familiar.

Apesar de faltar personalidade jurídica ao filho, que só é adquirida com o nascimento com vida (art. 2º do CC/02), a representação do filho pelos pais repercute ainda na fase da concepção (nascituro).

Correlativamente ao dever de representação, aos pais cabe dar ou negar consentimento para que o filho menor se case (CC/02 art. 1634, III). Sendo injustificada a recusa dos pais, ou na impossibilidade de ser obtido o consentimento, o juiz poderá supri-lo, sempre tendo em vista que essa autorização vise favorecer o menor e vigendo o regime obrigatório da separação de bens.

Depois de atingida a maioridade, aos 18 anos, cessa o poder familiar, permanecendo o vínculo de parentesco, mas sem que os filhos estejam mais sujeitos à autoridade ou representatividade dos pais. Por outro lado, se ao atingirem a maioridade os filhos não tiverem discernimento mental para exercerem a autonomia e a independência, estes serão representados pelos pais através de um outro instituto, o da curatela.

3.2.4 Do Dever de Assistência Material

É dever dos pais, como resultante do poder familiar, sustentar o filho menor de 18 anos e não emancipado. Este múnus está estatuído no art. 22 do ECA c/c art. 1.566, IV, 1.568 e 1.724 do CC/02. A assistência material compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, moradia, educação, medicamentos, de condições de sobrevivência e de desenvolvimento do menor.

Como citado anteriormente, pode ocorrer a prorrogação do dever de sustento até que o filho atinja a idade de 24 anos, desde que esteja cursando nível superior, valorizando desta forma o filho que pretende se aperfeiçoar nos estudos.

Ainda que o filho menor de idade trabalhe ou disponha de recursos financeiros para manter-se de forma independente, cabe aos pais o múnus de sustentar a prole, pois se presume a sua necessidade diante da incapacidade de gerir sua pessoa e suas rendas.

O dever de sustento é unilateral, não é uma obrigação entre filhos e pais. O dever alimentar, este sim recíproco, que existe entre ambos, após a maioridade, é fundamentado exclusivamente no vínculo de parentesco (art. 229 da CF/88).

Saliente-se, em tempo, que nem o ECA nem o atual Código Civil falam a respeito da exoneração do dever de sustento quando da perda ou suspensão do poder familiar, entretanto, o ECA afirma, no art. 41, que o vínculo de parentesco cessa com a adoção. Isto posto, mesmo se houver decisão judicial destituindo ou suspendendo o poder familiar, subsiste o dever de sustento por força de lei, como obrigação decorrente do vínculo de parentesco, não importando se outrem esteja exercendo a sua guarda (art. 1.694, 1.696 e 1.701 do CC/02).

3.2.5 Do Dever de Assistência Imaterial

A assistência emocional também é múnus legal decorrente do poder familiar, pois o papel dos pais não se limita ao aspecto patrimonial da relação pai-filho. É o que se depreende do art. 229 da CF/88, interpretada extensivamente. Esta regra abrange, além do sustento, a assistência imaterial relativa ao afeto, ao cuidado e ao amor, traduzindo-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade

como o direito à convivência familiar e comunitária, de que se tratou anteriormente neste trabalho.

A ausência de afeto dos pais para com os filhos, caracterizada pelo abandono prolongado ou pela omissão no dever de visitá-los, pode ser base para ação de indenização por dano moral, cumulada ou não com a ação de suspensão ou destituição do poder familiar (art. 292, § 1º, incisos I, II e III, do CPC). Em relação ao abandono injustificado de filhos abrigados, a questão torna-se relevante no entender de Kátia Maciel: “estes [os filhos] poderão acioná-los, representados pelo guardião legal dirigente do abrigo, a fim de serem indenizados pela dor moral sofrida pelo distanciamento, independentemente da perda do poder familiar.”⁵⁴

É fundamental que o Poder Público mantenha-se atento à real intenção dos genitores e ao interesse do filho, nos casos de desassistência no exercício do poder familiar, distinguindo entre os pais que “podem, mas não exercem” e os que “querem, mas não podem exercê-lo”.

Verificada a ocorrência de dolo (intenção) ou culpa (negligência) daqueles que detêm o poder parental, está justificada a propositura de ação cível ou penal em face destes, mormente quando se pretende a transferência do poder familiar, como nos casos de adoção.

Questão polêmica no que tange ao direito ao afeto apresenta-se com o disposto no art. 1.611 do CC/02, de que o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, dependerá do consentimento do outro para residir no lar conjugal. Trata-se de uma questão controversa na doutrina pátria, onde muitos entendem tratar-se de um dispositivo discriminatório, em dissonância com a nova ordem constitucional. Este é o posicionamento de Kátia Maciel, que entende inadmissível condicionar a convivência familiar do filho (art. 227 da CF) ao desejo do cônjuge (ou companheiro), afastando a possibilidade deste filho residir com o genitor:

Tendo por alvo a manutenção exclusiva da paz doméstica do casal, ignorou o legislador civil que a criança e o adolescente, reconhecidos pelo genitor, dispõem de proteção integral e não devem ficar subjugados aos interesses de adultos, em prejuízo de seus direitos fundamentais.⁵⁵

Posição contrária é defendida pelo professor Sílvio Venosa, que entende este dispositivo como protetivo da harmonia da família: “Um filho estranho a um dos cônjuges pode se converter em elemento perturbador no âmbito da convivência do lar. Não há discriminação nesse artigo, mas apenas regulamentação”⁵⁶. Permaneceria, então, com plena

⁵⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 109.

⁵⁵ Ibid. p. 78.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op.cit. p. 373.

aplicação, no entender deste autor, a complementação dada pelo art. 15 do Decreto-lei 3.200/41:

Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai, ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar a filho legítimo, se o tiver.

3.2.6 Do Dever de Registrar o Filho

Apesar de não figurar expressamente no rol relativo aos deveres inerentes ao poder familiar, o direito ao nome e ao estado de filiação é um direito da personalidade, fundamental para a identificação e individualização de toda pessoa.

As principais características do reconhecimento do estado de filiação estão dispostas no art. 27 do ECA, somando-se a elas a irrevogabilidade (art. 1.610 do CC/02), a perpetuidade, a irrenunciabilidade e a unilateralidade, salvo quanto ao filho maior (art. 4º da Lei nº 8.560/92). O direito à filiação é um ato puro e simples, não admitindo termo ou condições (art. 1.613 do CC/02).

Este direito da personalidade foi preocupação do legislador constituinte, que procurou facilitar e incentivar o registro dos filhos, tanto no momento de lavratura da certidão de nascimento quanto nos casos de reconhecimento posterior do vínculo, de forma a garantir a igualdade jurídica entre todos os filhos, respeitando-se, assim, o princípio da isonomia entre os filhos, consagrado na CF/88 (art. 227, § 6º) e transcrito literalmente no art. 20 do ECA, tal sua importância para toda criança e adolescente.

É a partir do registro civil que a criança liga-se a uma determinada família, acrescentando o sobrenome dos pais ao prenome (art. 16 do CC/02), surgindo deste ato todos os direitos decorrentes do parentesco. Diante da importância do direito ao nome os pais, ao receberem do hospital ou estabelecimento de saúde a declaração de nascimento do filho (art. 10, IV, do ECA), devem providenciar imediatamente o registro de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais mais próximo do local do parto (art. 50 da Lei nº 6.015/73 c/c art. 1.603 do CC/02).

Quando os pretensos genitores se recusarem a reconhecer o vínculo, a regularização do registro civil do menor será forçada ou judicial, através da propositura de ação de investigação de paternidade (ou maternidade) pelos legitimados.

A Lei nº 8.560/92, que disciplina esta matéria, garante a possibilidade, desde o momento do registro unilateral, de se averiguar quem é o pai de determinada pessoa, com a finalidade de incluir no nome desta os apelidos daquele e, desta forma, criar o vínculo do poder familiar. Novamente percebe-se a clara preocupação do legislador em facilitar a regularização dos dados de filiação. Este mesmo diploma derogou o caráter personalíssimo do direito ao estado de filiação, previsto no art. 27 do ECA, pois estendeu ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura da ação de investigação de paternidade (§ 4º do art. 2º da referida lei).

Quanto à natureza jurídica do reconhecimento judicial ou do voluntário, trata-se de ato declaratório porque não cria a paternidade e produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroagindo ao dia do nascimento.

Caso a criança ou o adolescente não seja registrado por omissão, abuso ou falta dos pais (art. 98, II, do ECA), caberá à Justiça da Infância e da Juventude determinar a regularização do seu registro civil, sem prejuízo da aplicação de medidas protetivas (art. 101 do ECA).

Pais carentes financeiramente, com freqüência, sequer possuem seus próprios registros de nascimento. Nesta situação, o Conselho Titular e a Justiça da Infância poderão encaminhá-los para o requerimento de registro tardio junto ao Registro Civil, sem prejuízo da lavratura, ainda que provisória, do registro de nascimento do filho.

É importante que o pai menor de 16 anos esteja devidamente representado durante o ato de registro ou reconhecimento do filho e, não havendo representante legal, deve ser nomeado Curador Especial (art. 142, parágrafo único, do ECA), para que aquele ato obedeça aos ditames legais e, fundamentalmente, porque acarretará àquele adolescente inúmeras obrigações parentais com relação ao filho reconhecido.

A sonegação, a supressão e a alteração do estado de filiação constituem crimes previstos nos arts. 241 a 243 do CP, cuja finalidade é promover a segurança e a certeza do estado de filiação. Ressalte-se, entretanto, que o registro altruístico de criança carente

O que se torna fundamental acerca do estado de filiação, conforme leciona Kátia Maciel, é que este seja compreendido:

como aquele que é construído com o passar do tempo, dia após dia, seja a origem biológica ou sócio-afetiva, de maneira que aquela pessoa que gerou (no corpo ou no sentimento) exerça efetivamente o papel de pai ou de mãe (construção cultural) e todas as suas funções parentais, para o melhor interesse do filho.⁵⁷

⁵⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 84.

3.3 Dos Deveres - Aspectos Patrimoniais

A administração e usufruto dos bens de filhos menores é disciplinada nos arts. 1.689 a 1.693 do CC/02. Tratada no capítulo do Poder Familiar no anterior diploma, hoje esta matéria foi incluída no título do Direito Patrimonial do Direito de Família. Ressalte-se que, por não ter sido abordado no ECA, este tema deve ser sempre examinado à luz da lei civil.

3.3.1 Da Administração dos Bens de Filhos Menores

Como bônus do encargo correspondente ao poder familiar e salvo disposição em contrário, os bens dos filhos menores de 18 anos (e não emancipados) são administrados pelos pais. Diante da igualdade dos cônjuges perante a lei, ambos os pais devem exercer essa administração de comum acordo.

Desse modo, ambos os progenitores deverão firmar os contratos referentes aos bens dos filhos menores, podendo um só fazê-lo somente se tiver procuração do outro. Os poderes de administração não envolvem, entretanto, a alienação. Tal ato dependerá, para sua validade, de autorização judicial prévia. Há autores, inclusive, que entendem ser necessária a hasta pública. A opinião dominante, porém, entende que tal exigência só tem lugar com relação aos menores sob tutela.

A administração de que trata a lei alcança apenas os atos restritos de administração, como locação, aplicações financeiras, pagamento de impostos e defesa de direitos. Deve ser provada em juízo a necessidade ou conveniência, com relação ao menor, da alienação ou oneração do bem. Continua presente o princípio disposto no art. 386 do CC/1916, acerca da proibição dos pais de praticarem atos que resultem na diminuição do patrimônio do menor sem prévia autorização judicial.

Diferentemente do tutor, os pais não recebem qualquer remuneração, podendo ser chamados, a qualquer tempo, a prestar contas desta administração, caso se verifique que estão fazendo uso irregular dos recursos financeiros do filho (art. 914 CPC). Há, entretanto, posicionamento contrário à necessidade desta prestação de contas, na qualidade de administradores dos bens dos filhos menores, como o de Sílvio Venosa:

Nessa administração legal, não há necessidade de caução ou qualquer modalidade de garantia, pois entendemos que ninguém melhor do que os próprios pais para aquilatar o que é melhor para o patrimônio de seu filho. O progenitor somente responde por culpa grave, e não está também obrigado a prestar contas⁵⁸.

Como mencionamos anteriormente, ao tratarmos do dever de representação, a criança e o adolescente têm direito a curador especial, a requerimento destes ou do Ministério Público, toda vez que seus interesses venham a colidir com os de seus pais ou responsável.

3.3.2 Do Usufruto

O usufruto é inerente ao poder familiar. Suas origens encontram-se no usufruto concedido ao *pater familias* na legislação de Justiniano. A sua natureza jurídica pode ser entendida como compensação aos pais pelos encargos do múnus do poder familiar, ou sob a ótica da entidade familiar, em que todos compartilham de um mesmo orçamento.

A estrutura desse usufruto assemelha-se à do direito real de usufruto, disciplinado no direito das coisas, mas dele se distancia por derivar diretamente da lei e não de um negócio jurídico, seja ele um testamento ou um contrato. Tal usufruto abrange todos os bens dos filhos menores, salvo as exceções legais. É irrenunciável e intransferível. Podem os pais reter os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos, o que traduz uma reminiscência romana. Alcançada a maioridade, os bens, com seus acréscimos, são entregue aos filhos sem que os pais tenham direito a qualquer remuneração.

O CC/02 enumera no art. 1693 os bens que são excluídos do usufruto e da administração dos pais. São normas de nítido cunho moral, como a estabelecida no inciso I deste artigo, que exclui, relativamente ao filho havido fora do casamento, os bens adquiridos antes do reconhecimento, para evitar que a cobiça do ao perfilhá-lo. Também de evidente caráter moral é a regra do inciso IV, que veda a administração e usufruto pelos pais de bens que couberem aos filhos na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

4 DO CONTROLE DO PODER FAMILIAR

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 378.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é a lei que equaciona o exercício do poder parental com o princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar.

Não obstante a vedação da punição com a perda do poder familiar por motivo exclusivamente fundado na falta de recursos materiais (art. 23 do ECA), na prática, os efeitos da pobreza ou situações em grande parte criadas direta ou indiretamente por ela, como, por exemplo, a saúde mental comprometida ou o envolvimento com o tráfico de drogas, motivam a destituição dos poderes parentais.

Em muitos casos, a criança é recolocada em outra família ainda sem que tenha sido concluído o processo de destituição do poder familiar, o que é considerado um procedimento arriscado pois ainda haveria a possibilidade de retorno desta criança à sua família biológica.

Analisando-se o art. 1.513 do CC/02⁵⁹ em cotejo com os arts. 226 e 227 da CF de 1988, temos que a aparente limitação ao controle e à intervenção estatal ou social ao mau exercício do poder familiar cai por terra ao ser estabelecido que o Estado assegurará a assistência à família, criando mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações (art. 226 da CF/88) e que são deveres da sociedade, do Estado e da família colocar os menores a salvo de todo tipo de negligência, discriminação, exploração, violência e crueldade.

Sobre esta intervenção estatal, ensina Kátia Maciel que: “O poder familiar é instituto regido por normas de ordem pública, de modo que é fundamental que o Poder Público coopere neste papel, dotando a família de condições para exercer estes deveres em favor dos filhos”⁶⁰.

Na lição de Orlando Gomes, a crescente intervenção do Estado nas relações familiares têm ocorrido de duas formas: substituindo a família em numerosas e importantes funções, como a função educativa e a função alimentar, controlando-a no exercício das funções que conserva⁶¹.

Percebe-se uma crescente ampliação da esfera de responsabilidade com as crianças, devendo as normas de caráter protetivo, preventivo e punitivo do ECA ser aplicáveis aos pais, sejam eles ricos ou pobres, que não garantam todos os direitos fundamentais aos seus filhos.

As medidas são uma forma de controle do exercício do poder familiar pela sociedade e poder público. As punitivas são elencadas no art. 129 do ECA, e não se restringem aos pais de

⁵⁹ CC/02, Art. 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

⁶⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 113.

⁶¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 13-14, *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 113.

crianças carentes: são medidas graduais de caráter leve (advertência) até a mais drástica (destituição do poder familiar).

4.1 Da Falta de Recursos Materiais

O Código de Menores, revogado em 1990 com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, previa a retirada de uma criança de seus pais por motivo de pobreza que os incapacitasse de sustentar o filho. A miséria ou a pobreza dos genitores era o suficiente para classificar o filho como “criança em situação irregular”. Se estivesse a criança privada das condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, mesmo que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, era então recomendável o afastamento do “pátrio poder”. Desta forma, pais e filhos eram punidos com a medida mais drástica ou, ainda, devido à pobreza, a família biológica era compelida a entregar o filho ao lar substituto.

Neste tempo, era comum os juízes aceitarem as chamadas “adoções prontas”, nas quais os adotantes compareciam ao Juizado trazendo consigo as crianças que pretendiam adotar, sem que se apurasse como as crianças chegaram até os requerentes da adoção, ou em quais circunstâncias os genitores, isoladamente ou em conjunto, entregaram os filhos para os adotantes que então se apresentavam.

A concepção de que a pobreza não é motivo para a destituição do poder familiar é hoje uma posição reconhecida e incorporada pela legislação, contudo, como já citado anteriormente, os efeitos da pobreza ou situações em grande parte criadas direta ou indiretamente por ela motivam deste a institucionalização de crianças e adolescentes até a destituição dos poderes parentais.

Conforme apresentado por Joice Melo Vieira, há duas situações em que os juízes costumam não titubear em retirar uma criança do poder dos pais: quando se comprova o envolvimento dos genitores com drogas, seja consumindo-as, produzindo-as ou comercializando-as; e quando se acredita que eles são emocional ou mentalmente incapazes⁶².

A partir do advento do ECA, foi expressamente definindo que a falta ou a carência de recursos materiais, por si só, não poderá ensejar a suspensão ou a perda do poder familiar (art. 23). A situação da criança não deve ser qualificada apenas pelas condições financeiras de seus

⁶² VIEIRA, Joice Melo. Op. cit. p. 107.

pais e, mesmo que o pai alegue não ter condições para manter o filho e manifeste o desejo de entregá-lo à uma família substituta, não poderá fazê-lo, pois a criança será obrigatoriamente incluída em programa oficial de auxílio.

Tendo em vista a referida norma estatutária, Kátia Maciel entende que, mesmo tendo havido a propositura da ação de destituição do poder familiar, se houver fortes indícios de que a desestruturação familiar ocorreu mormente em função da ausência de recursos materiais, a ação deve ser suspensa a fim de conceder oportunidade de fortalecimento da família através de atendimento assistencial:

Se a pobreza e a falta de assistência às famílias da comunidade são uma constante e não houve indícios de maus tratos, violência, imoralidade, abuso sexual, enfim, nenhuma das causas que ameacem os direitos dos filhos, o simples fato de os pais serem pobres não é suficiente para que uma família seja esfacelada.⁶³

Porém, no decurso deste período de suspensão do processo de destituição do poder familiar, deve ser averiguado se o oferecimento de melhores condições de vida aos pais será suficiente para que os mesmos passem a ser diligentes e responsáveis no cuidado com os filhos. De acordo com esta autora, se houver o interesse dos genitores em receber uma nova oportunidade para o exercício do poder familiar, através do atendimento pelo Poder Público, será sábia a decisão de suspender-se o referido processo, principalmente em se tratando de crianças que pela idade avançada estariam fadadas à institucionalização⁶⁴.

4.2 Da Suspensão do Poder Familiar

A distinção entre a suspensão e a perda do poder familiar estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. A suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do Juiz, dependendo do caso concreto e tendo em vista o interesse do menor. A destituição do poder familiar, por sua vez, pode revestir-se de caráter irrevogável, como na hipótese de transferência do poder familiar pela adoção.

A suspensão do poder familiar está regulada no art. 1.637 do CC/02 e relaciona-se ao abuso de autoridade, à falta aos deveres inerentes ao múnus familiar, à ruína dos bens dos filhos e à condenação por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Vale esclarecer que, no caso do crime em questão ter sido perpetrado em face

⁶³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 117.

⁶⁴ Ibid. p. 116.

do filho ou relativo ao estado de filiação ou à assistência familiar, já há a previsão da incapacidade para o exercício do poder familiar, como efeito da condenação, no art. 92, II, do CP.

Trata-se a suspensão do poder familiar de uma medida protetiva, com natureza temporária e obtida somente através de decreto judicial que fixará o tempo de duração necessária. Expirado este período e ausentes os motivos que ensejaram a suspensão, será restaurado aos pais o poder familiar.

O ECA já previa, no art. 157, a possibilidade de decretação da suspensão do poder familiar em sede de liminar, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou o adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Constatada a falta aos deveres inerentes ao poder familiar e havendo a possibilidade de eventual dano à criança ou ao adolescente com a permanência deste na companhia daquele que exerce o poder familiar, o Juiz pode determinar a suspensão liminarmente, pois estariam presentes os requisitos necessários do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora).

O referido pedido liminar poderá ser preliminar ou incidental no processo de Destituição do Poder Familiar ou em Medida Cautelar Inominada. Em qualquer das hipóteses, se a suspensão for decretada em face de ambos os pais, é necessário garantir ao filho um representante legal (art. 157 do ECA).

4.3 Da Extinção do Poder Familiar

O CC/02 trata desta matéria juntamente com os casos referentes à perda do poder familiar. É uma inovação legislativa que colocou sob o mesmo gênero – extinção – a cessação natural e a judicial.

No ECA, porém, encontramos regulamentação apenas no que se refere à destituição do poder familiar, não havendo menção expressa aos casos de extinção.

4.3.1 Da Cessação Natural

4.3.1.1 *Morte*

Considera-se extinto o poder familiar com a morte de ambos os pais ou do filho. Ficando órfão de ambos os pais, o menor de 18 anos deverá ser recebido em família substituta, sob a modalidade de tutela (art. 1.728, II, do CC/02) até que atinja a maioridade. Caso este menor seja adotado, além do poder familiar, estará extinto também o vínculo de parentesco com os pais biológicos.

Na hipótese de falecimento de um dos genitores, o sobrevivente exercerá o poder parental exclusivamente, cabendo-lhe inclusive a administração dos bens do filho (art. 1.570 do CC/02).

4.3.1.2 *Emancipação*

O instituto da emancipação tem por objetivo a antecipação da maioridade civil do menor de 18 anos, desde que preenchidos determinados requisitos legais. É uma faculdade jurídica dos detentores do poder familiar, não se tratando de dever dos mesmos nem de direito do filho. Destaque-se a dependência da aceitação do menor através de sua assinatura no registro (art. 90 da Lei nº 6.015/73).

O CC/02 estabelece exigência expressa de que a manifestação da vontade para a emancipação seja feita através de escritura pública.

Também verifica-se a emancipação no caso do casamento, do exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria (art. 5º, incisos II a V, do CC/02).

4.3.1.3 *Maioridade Civil*

O poder parental, diferentemente do que ocorria com a *patria potestas* do Direito Romano, tem duração limitada, cessando automaticamente com a maioridade civil. Porém,

pode ocorrer que, apesar de ter completado 18 anos, a capacidade do filho não é alcançada devido à presença de uma das causas relativas à interdição (art. 1.767 do CC/02). Neste caso, extingue-se o poder familiar da mesma forma e concede-se a curatela aos genitores, ou a quem designado, para a representação do maior incapaz.

4.3.2 Da Cessação Judicial

4.3.2.1 *Da Sentença de Adoção*

A sentença de adoção, além de ser causa de extinção do poder familiar, é um ato judicial que atribui vínculo de parentesco. Em alguns casos, a adoção é julgada concomitantemente com o pedido de perda do poder familiar.

Com o advento do ECA, a adoção passou a ter caráter irrevogável (art. 48) e o vínculo de filiação, constituído pela decisão judicial, pressupõe a prévia extinção do poder familiar (§1º do art. 45).

Ao incluir a adoção como uma das causas de extinção do poder familiar, o legislador civil referia-se à modalidade de adoção com o consentimento dos pais (arts. 45 e 166 e parágrafo único, do ECA). Seria, no entender de Kátia Maciel, uma inapropriada renúncia, pois o poder familiar tem caráter de *múnus público* e, portanto, os seus atributos são irrenunciáveis: “Embora a anuência dos pais biológicos assemelhe-se a uma ‘renúncia’, ela dependerá de decisão judicial para ter efeito jurídico desconstitutivo da filiação de origem”⁶⁵.

Há outros entendimentos doutrinários acerca da possibilidade de renúncia. Tem-se afirmado que a anuência dos pais corresponde à extinção do poder familiar sobre a qual o Juiz não estará obrigado a declarar na sentença de adoção, já que só o deferimento desta conduzirá automaticamente à extinção daquele, pois ambos institutos não poderão existir simultaneamente⁶⁶.

⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 122.

⁶⁶ SILVA, José Luiz Mônaco da Silva. **A concordância dos pais nos procedimentos de adoção**. *Datavenia Revista Jurídica*, João Pessoa, ano 3, n. 15, maio de 1998.
Disponível em: < <http://www.datavenia.net/opiniaio/adoacao7.html>>. Acesso em: 19 março 2008.

Outra corrente sustenta que a concordância dos pais corresponde à uma exceção à irrenunciabilidade do poder familiar, pois resulta em um benefício de outro instituto, ou seja, a adoção⁶⁷.

Na lição do professor Caio Mário da Silva Pereira, caso não se materialize a adoção, é mantido o poder familiar dos pais biológicos. Entretanto, formalizada a adoção através de sentença transitada em julgado, o vínculo de parentesco estará extinto e será transferido para a família adotiva: “Não se trata, portanto, de mera causa de extinção do poder familiar, mas, sim, de um dos meios de transferência do vínculo de parentesco, pois a criança ou o adolescente não estará sem o poder familiar nem um só momento sequer”.⁶⁸

4.3.2.2 *Da Decisão Judicial*

A perda ou a destituição do poder familiar é uma das formas de extinção do poder familiar (art. 1.635, V, do CC/02), que ocorre nas hipóteses de castigos imoderados, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes, incidência reiterada nas falta antecedentes e, ainda, quando comprovado o descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 24 do ECA).

Esses casos dependem, porém, de uma decisão judicial condenatória, a ser proferida em ação própria, que objetiva aplicar a medida punitiva mais gravosa aos pais: a destituição do poder familiar (art. 129, X, do ECA).

Nos casos em que a criança é encaminhada para adoção não em razão da vontade deliberada da mãe biológica, mas por decisão da justiça ao julgar denúncias de negligência e maus-tratos, por exemplo, as disputas entre pais biológicos e pais adotivos são muito freqüentes. A família biológica não quer abrir mão da criança e recusa-se a perdê-la. Esse é um ponto que gera muita polêmica entre interessados em adoções, pois enquanto uns acham justo que a criança conviva com uma nova família antes de encerrado o processo de destituição do poder parental, outros consideram esse procedimento muito arriscado porque temem que a criança tenha que voltar para a família biológica⁶⁹.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 603, *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 123.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro; Forense, v. V, 2004, p. 434., *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 123.

⁶⁹ VIEIRA, Joice Melo. Op. cit. p. 138.

4.4 Da Perda ou Destituição do Poder Familiar

4.4.1 Dos Motivos Para a Perda ou Destituição do Poder Familiar

Os profissionais que lidam com o Direito da Criança e do Adolescente enfrentam um dilema ao tratarem desta matéria, posto que dois princípios antagônicos se impõem na prática. De um lado, há os que se deixam guiar pelo princípio de que tudo deve ser tentado para restabelecer o vínculo entre a criança e sua família natural, não importando o tempo que isso leve; por outro lado, há o princípio de que se deve procurar evitar os abandonos tardios que dificultam ou até inviabilizam a colocação em família substituta, porque quanto mais velha uma criança, menor é sua chance de ser adotada.

Os operadores do direito têm pendido mais para o primeiro dos princípios enunciados acima, afirmando que o interesse da criança passa cada vez mais, a ser assumido como sendo o de preservá-la em sua família natural e em sua comunidade de origem: “O problema é verdadeiramente complexo. Em São Paulo, só o processo de destituição do poder familiar - sem se considerar o período de assistência familiar, nos casos em que esse serviço foi prestado – pode demorar até 10 anos”⁷⁰.

O ECA disciplina no art. 24 o sustentáculo legal para o afastamento do poder familiar, prevendo que, além do descumprimento dos deveres e obrigações previstas no art. 22 do Estatuto, a lei civil indicará os casos de destituição. Desta forma, temos que o inadimplemento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar, enumerados anteriormente neste trabalho, poderá ensejar a perda do poder parental. Além destes, o CC/02 enumera outras hipóteses no art. 1638, que serão tratadas a seguir.

4.4.1.1 *Castigo Imoderado*

⁷⁰ FERREIRA, Maria Regina Porto e CARVALHO, Sônia Regina. **1º Guia de Adoção de Crianças e Adolescentes do Brasil**. São Paulo: Fundação Orsa, Winners Editorial, 2000, *apud* VIEIRA, Joice Melo. Op. cit. p. 66.

O direito constitucional ao respeito (art. 227 da CF/88), também previsto nos artigos 15 e 17 do ECA, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente. Qualquer tipo de punição que resulte em lesão a tal direito deve ser imediatamente repudiada e duramente punida.

A correição física, no exercício do dever de educar os filhos, como já anteriormente observado, não é pacífica entre doutrinadores e educadores. É mister aferir, em cada caso, se o direito à correção foi extrapolado pelos pais e se foram violadas as regras mínimas de respeito à integridade física e psicológica do filho, tipificando, inclusive, um delito criminal.

Maus-tratos físicos são assim considerados o uso de força física de maneira não acidental ou também aqueles atos de omissão intencional, com o escopo de ferir, danificar ou destruir o filho menor de 18 anos, deixando ou não marcas físicas evidentes.

Por serem cometidos tais abusos físicos, normalmente, no ambiente familiar, o diagnóstico da criança maltratada exige técnicas específicas pelos setores que com ela interagem, como, por exemplo, de ensino e de saúde, de forma a denunciarem a ocorrência dos maus-tratos. A omissão da comunicação à autoridade competente, por conta destes profissionais, poderá ensejar em punição pela infração do art. 245 do ECA.

Destaque-se, por oportuno, que é de dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de todo tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18 do ECA). O legislador constituinte inseriu como direito fundamental o dever da família, da sociedade e do Estado de colocar os menores a salvo de toda forma de violência e crueldade (art. 227). É em consonância com esta norma constitucional que o ECA dispôs norma estatutária que impõe tão amplas responsabilidades.

Qualquer pessoa, sabedora de maus-tratos, poderá dirigir-se à autoridade policial, ao Conselho Tutelar ou ao Juizado da Infância e da Juventude (art. 13 do ECA), sob pena de responder por infração administrativa prevista no art. 245.

O Código Penal prevê o crime de maus-tratos no art. 136, nele incluindo-se a previsão de abuso, na forma de diversos castigos. Na norma penal, o crime de maus-tratos constitui-se em expor a perigo de vida ou a saúde de alguém sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou de disciplina.

4.4.1.2 *Abandono*

Caracteriza-se o abandono voluntário quando, exauridas as diligências de promoção da família, através da inclusão desta em programas oficiais e comunitários e de auxílio (art. 129, I a VII, do ECA), permanece a relutância e a negligência dos pais (biológicos ou civis) em proporcionar aos filhos meios de subsistência, saúde e instrução obrigatória. Esta caracterização é fundamental antes de configurarmos a culpa ou o dolo dos pais pelo abandono do filho, pois é obrigatória a aplicação de medidas protetivas à prole (art. 101 do ECA) e à família carente (art. 129 do ECA), assim como a prestação de assistência social visando a proteção da família (art. 203, I, da CF/88).

Negligência é a omissão dos pais em prover as necessidades básicas para o desenvolvimento do filho. O abandono físico está normalmente acompanhado pelo abandono material e afetivo. É necessário relacionar o abandono aos maus-tratos psicológicos, espécie que decorre da rejeição, da depreciação, da falta de atenção e cuidado dos pais para com os filhos, que é difícil de se caracterizar e punir.

Por serem crimes definidos nos artigos 244 e 246 do CP, a tipificação do abandono deve ser robustamente comprovada, seja intelectual ou material.

4.4.1.3 *Atos Contrários à Moral e aos Bons Costumes*

Poderão ser destituídos do poder familiar os pais que: (i) façam uso de substâncias entorpecentes ou bebidas alcoólicas usualmente, a ponto de serem alcoólatras; (ii) permitem que seus filhos convivam com pessoas violentas drogadas ou mentalmente doentes (art. 245 do CP); (iii) permitem que os filhos freqüentem casas de jogos, espetáculos de sexo e prostituição ou que (iv) pratiquem mendicância (art. 247 do CP).

Insere-se nessa hipótese o abuso sexual, com a preocupação evidente do legislador constituinte ao dispor que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (§4º do art. 227 da CF/88).

O ECA prevê, além dos crimes contra os costumes tratados na lei penal (estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores – arts. 213 a 234 do CP), outros crimes relacionados à agressão sexual (arts. 240 e 241). Dentro da definição de abuso sexual

inclui-se uma série de situações que podem advir ou não do contato físico dos pais (biológicos ou civis) com o filho (a vítima).

Devido ao pequeno percentual de evidências físicas deixadas pelo abuso sexual e pelo fato de que, sentindo-se ameaçada, a família comumente fecha-se em si mesma para que tal abuso não seja revelado, é indispensável que os profissionais, especialmente da área de saúde, que atendam a criança abusada, comuniquem aos órgãos competentes a ocorrência de eventual suspeita.

4.4.1.4 *Reiteração das Faltas*

Quando o afastamento provisório do poder familiar, motivado por uma das faltas ensejadoras de suspensão, não for suficiente para que os pais assumam plenamente seus encargos para com a prole, é cabível a perda do múnus.

A reiteração pode apresentar-se em um só caso várias formas de faltas conjugadas, que devem ser rigorosamente apuradas, visando a prevalência do interesse da criança.

Ocorre, muitas vezes, que a prática dos atos ensejadores da perda do poder familiar é realizada por só um dos genitores, recebendo a chancela ativa ou a concordância passiva do outro. Há entendimentos no sentido de que estaria caracterizada, nesta hipótese, a co-autoria, devendo ambos ser destituídos do poder familiar⁷¹.

4.4.2 Da Perda do Poder Familiar na Lei Trabalhista

A previsão de perda do poder familiar em outros diplomas legais mais antigos convive sem confronto com o novo Código Civil, de 2002. É o caso da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-Lei nº 5.452/43), que proibindo o trabalho de menores em locais e serviços perigosos, insalubres ou prejudiciais à sua moralidade (art. 405 da CLT), pune com multa e até a destituição do poder familiar (art. 437 da CLT) o responsável legal que infringir esta norma.

⁷¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit. p. 130.

Nesta hipótese, a aplicação da perda do poder familiar permanecerá da competência da Justiça da Infância e da Juventude ou das Varas de Família, pois o procedimento referente à esta matéria foi disciplinado por lei federal posterior, a saber, o ECA.

4.4.3 Da Perda do Poder Familiar na Lei Penal

O Código Penal prevê a incapacidade para o exercício do poder familiar do pai ou da mãe que praticarem crimes dolosos com o filho, sujeitos à pena de reclusão (art. 92, II). A lei penal exige, portanto, a intenção (dolo) na atuação dos pais. É medida cabível nos casos de clara gravidade e prejuízo imediato ao menor. A condenação deve ser incompatível com o exercício do múnus, portanto, se o crime for culposos, a sanção não terá aplicação.

Tendo em vista a independência da responsabilidade civil e penal, nada impede que seja proposta ação de destituição do poder familiar perante o Juízo Cível (art. 66 do Código de Processo Penal), em detrimento do decidido em sede penal.

Uma vez declarada pela justiça penal a incapacidade para o exercício do poder parental, esta tem caráter permanente e somente poderá desaparecer através do instituto da reabilitação, mas não possibilita aos pais a reintegração na situação anterior (art. 93, parágrafo único do CP). Desta forma, o condenado reabilitado poderá reaver o múnus familiar, mas somente em relação a outros filhos contra os quais não tenha praticado o crime.

4.4.4 Do Restabelecimento do Poder Familiar

Tanto o CC/02 quanto o ECA silenciaram acerca da recuperação do poder familiar. Na pouca doutrina que tratou da matéria, há entendimento unânime de que há, sim, a possibilidade de restabelecimento do direito quando findas as razões que originaram a perda. Legislações estrangeiras, como a argentina, a francesa e a italiana, prevêem a restauração da autoridade parental de maneira expressa, sob este fundamento⁷².

O restabelecimento do poder familiar não seria possível na hipótese de ter havido a transferência deste múnus aos pais adotivos, pois estaria extinto também o parentesco.

⁷² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op.cit. p. 132.

Entretanto, no caso de ter havido a destituição do múnus familiar mas permanecido o vínculo de parentesco e, sendo a relação jurídica entre pais e filho de natureza continuativa, poderá a decisão ser alterada se sobrevier modificação no estado de fato e de direito (art. 471, I, do CPC).

É evidente que somente através de um pronunciamento judicial de natureza revisional será possível restabelecê-lo. Para tanto, é fundamental que os motivos determinantes da destituição tenham findado e que o filho expresse inequívoca aceitação ao retorno para o convívio dos pais biológicos. Afinal, como expõe com clareza Kátia Maciel, “o restabelecimento do poder familiar deve pautar-se sempre em perícia multidisciplinar e, principalmente, no melhor interesse do filho”⁷³.

⁷³ Ibid. p. 134.

5 CONCLUSÃO

No Brasil, tradicionalmente, as políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes em situação de risco ou abandono social sempre priorizaram a institucionalização em detrimento de políticas de reconstrução e de fortalecimento dos vínculos familiares. A visão predominante sempre foi a da incapacidade das famílias empobrecidas de cuidar e de proteger sua prole.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma nova política de atendimento aos direitos das criança e do adolescente foi instituída, tendo como referencial teórico a Doutrina da Proteção Integral, que parte da concepção de que todas as crianças e adolescentes devem ser considerados *sujeitos de direitos*, bem como deve ser respeitada a sua *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento*, competindo à família, à sociedade e ao Estado garantirem, com *prioridade absoluta*, a efetividade de suas necessidades.

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 internacionais, modificando total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular.

Urge garantir a prevalência do direito à convivência familiar, visto como direito fundamental da criança e do adolescente e, somente excepcionalmente, optar pela colocação em família substituta, reservando-se a institucionalização em entidade de abrigo em situação ainda mais excepcional, diante de seu caráter também temporário.

Principalmente desde a publicação do ECA, em 1990, a situação da institucionalização infanto-juvenil foi instada a mudar. Embora muitas instituições de abrigo já tenham implementado melhorias no sentido de se adequar às novas regras, o retrato dos abrigos da Rede SAC revelado pelo Levantamento Nacional do IPEA, em 2003, mostra que ainda há muito por fazer para que todas as crianças e adolescentes institucionalizados tenham direito à convivência familiar e comunitária. Ainda existem abrigos que funcionam como instituições definitivas e totais, que dificultam a formação ou a manutenção dos vínculos familiares e comunitários.

O acolhimento institucional, desde que adequado aos preceitos do ECA, ainda cumpre um papel muito importante no cuidado de crianças e adolescentes em situação de abandono. O abrigo deve ser uma medida excepcional e temporária, indicada nos casos em que foram esgotados os esforços para a manutenção da criança ou do adolescente na família e na

comunidade, até que os familiares possam recuperar sua capacidade de acolher o menor, ou até que este possa ser colocado em uma família substituta.

O abrigo não soluciona o problema, mas representa uma das etapas na busca de uma solução para o caso da criança ou adolescente em situação de abandono ou de violação de seus direitos. Sendo assim, além do controle permanente dos menores abrigados, não se pode perder de vista dois elementos fundamentais, que são a provisoriedade e a excepcionalidade da medida.

Ao promover a institucionalização destas crianças, sem que ocorra a subsequente destituição do poder familiar, nos casos daquelas famílias que não mais estão interessadas em acompanhar o destino dos filhos, o caráter temporário desta medida converte-se em definitivo sem que haja uma nova oportunidade de reintegração social através da adoção. Muitos dos casais em fila de espera para adoção sequer cogitam a possibilidade de adotar essas crianças, pois elas nem ao menos constam nas listas de crianças disponíveis para adoção. Milhares de crianças e adolescentes brasileiros encontram-se atualmente nessa situação, permanecendo em uma espécie de “limbo”, sem que lhes seja conferida a possibilidade do exercício da convivência familiar.

O poder familiar engloba os direitos e deveres dos pais, biológicos ou civis, relativos aos filhos menores de 18 anos. Corresponde ao antigo “pátrio poder”, que a partir do novo Código Civil de 2002 passou a ser denominado poder familiar. O antigo diploma civil de 1916 refletia a lógica patriarcal dominante na época, conferindo preponderância ao pai poder sobre os filhos, não sendo mencionado o poder conjunto de pai e mãe. Reconhecendo a realidade de transformações sociais, políticas e culturais que resultaram em novas e variadas configurações familiares, a legislação hoje confere a ambos os pais a responsabilidade legal sobre os filhos.

Com o escopo de evitar o abuso dos titulares do poder familiar, sejam eles os pais biológicos ou civis, o Estado tem intervindo, submetendo o exercício deste poder à sua fiscalização e controle, tanto ao limitar, no tempo, esse exercício, quanto ao restringir o seu uso e os direitos dos titulares.

O poder familiar pode ser suspenso ou extinto por ato judicial, o que ocorre apenas em casos de falta gravíssima. São consideradas causas que levam à perda: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; descumprir determinações judiciais; faltar, injustificadamente ou reiteradamente, com obediência aos deveres inerentes ao poder familiar. O ordenamento jurídico brasileiro é preciso quando afirma que pobreza e miséria não são motivos suficientes

para a destituição do poder familiar. Antes que ocorra essa medida extrema, políticas de apoio à família devem ser praticadas e implementadas para evitar o rompimento de vínculos entre pais e filhos.

Sabe-se que a adoção é, ainda hoje, principalmente motivada pela esterilidade dos pais, que buscam prioritariamente crianças com idade inferior a dois anos. Porém, o processo de conscientização em curso, tanto na esfera social quanto jurídica, com a promoção e a divulgação de informações a respeito da adoção e da realidade dos abrigos no país, como a campanha em andamento desde 2007 e promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, tem possibilitado a abertura de um debate sobre a real situação das crianças institucionalizadas que poderiam ser encaminhadas para adoção através de processos de destituição do poder familiar.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Kátia Carvalho. **O Estatuto da Criança e do Adolescente** : paradigmas e desafios. Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social (CPIHTS), Lisboa, 05 set. 2005. Seção Publicações. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/Katia%20Abbud.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Abrigo Legal**. Campanha Mude um Destino. Brasília, 2007.

_____. **Cartilha Adoção Passo a Passo**. Campanha Mude um Destino. Brasília, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estatuto da Criança e do Adolescente** – comentários. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9-10

FACHINETTO, Neidemar José. **Medida Protetiva de Abrigo**: análise dialética e sua transformação social. 2004. 217 f. Monografia (Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2004. 217 p.

KONZEN, Afonso Armando (Coord.). **Pela Justiça na Educação**. Brasília: MEC/FUNDESCOLA, 2000. 735p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar** . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 07 março 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.

RIZZINI, Irene. **A criança e a Lei no Brasil**: Revisando a história (1822-2000). Rio de Janeiro: Edusu, 2002.

_____; RIZZINI Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil** – percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2004.

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. 416p.

SILVA, José Luiz Mônico da Silva. **A concordância dos pais nos procedimentos de adoção**. *Datavenia Revista Jurídica*, João Pessoa, ano 3, n. 15, maio de 1998. Disponível em: < <http://www.datavenia.net/opiniaio/adocao7.html>>. Acesso em: 19 março 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Joice Melo. **Os Filhos Que Escolhemos** : discursos e práticas da adoção em camadas médias. 2004. 192 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. 192 p.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Pais e Filhos por Adoção no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2003.