

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

CARLA CAROLINE MORAIS FIGUEIREDO

**A DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL E A MANUTENÇÃO DO
VÍNCULO AFETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR**

SOUSA
2015

CARLA CAROLINE MORAIS FIGUEIREDO

**A DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL E A MANUTENÇÃO DO
VÍNCULO AFETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Ms. Professor Iarley Pereira de Sousa.

Assinatura do Orientador

SOUSA

2015

CARLA CAROLINE MORAIS FIGUEIREDO

**A DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL E A MANUTENÇÃO DO
VÍNCULO AFETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Ms. Professor Iarley Pereira de Sousa.

Aprovado em: ___/___/___

Orientador: Ms. Professor Iarley Pereira de Sousa

Primeiro Examinador

Segundo Examinador

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Lourdes, por serem meus exemplos de garra e superação, pois conseguiram vencer através do estudo, mesmo diante de tantas dificuldades. Todas as palavras seriam insuficientes para demonstrar todo amor e gratidão que sinto por vocês. Muito obrigada por todos os esforços e confiança... Devo tudo que sou a vocês!

À minha irmã Bruna, que sempre foi minha companheira e melhor amiga. Sou grata pela compreensão, confiança e sensibilidade. Tua fortaleza, carinho e alegria me ajudaram a superar as adversidades.

Ao meu namorado Alex, pela dedicação, amor e parceria ao longo desses anos de curso em Sousa. Você foi essencial ao longo dessa caminhada e tornou meus dias mais leves e coloridos. Que nós possamos dividir outras inúmeras vitórias juntos!

Aos meus avós, tios e primos, pelo otimismo e certeza de que tudo daria certo. Não haveria família melhor para mim. Obrigada pelas palavras de força e de perseverança!

Aos amigos de infância, que fiz ainda no Colégio Imaculada Conceição, e que nem o tempo e a distância nos afastaram, bem como os professores, funcionários e irmãs/freiras daquela casa, na qual fui tão feliz. Aprendi muito mais que as primeiras lições escolares, mas o sentido do amor de Deus e do amor ao próximo.

Aos amigos que ganhei na cidade de Sousa, que dividiram comigo as experiências e alegrias ao longo desse tempo. Aprendi muito com cada um e espero que possamos continuar sempre juntos, comemorando outras conquistas que estão por vir.

A todos os meus irmãos de igreja, da Paróquia de São José, pelas orações e palavras amigas. Que o amor de DEUS continue nos unindo e nos formando pela fé.

A todos os que fazem a UFCG-CCJS, em especial ao meu orientador Iarley Pereira de Sousa, que com grande paciência e dedicação me guiou nesse trabalho, não poupando esforços para que tudo saísse da melhor forma. O senhor põe excelência em tudo o que faz.

Aos que fazem a Promotoria de Justiça de Sousa e o Fórum Dr. José Mariz, instituições nas quais estagiei, aprendi muito e tive a sorte de me apaixonar ainda mais pelo Direito. Meus sinceros agradecimentos pela troca de experiências jurídicas e humanas. Tenham certeza que vocês se tornaram mais que colegas de trabalho, mas grandes amigos.

Ao meu Deus, fonte de amor e misericórdia, dono da vida, que me amparou, me guiou e me deu forças para trilhar essa jornada. Toda honra, glória e louvores a ti, pois pela vossa

permissão concluo o curso de Direito, realizando aquilo que sempre sonhei. Sem fé, toda conquista torna-se vazia, e é a ti que devo esta dádiva.

RESUMO

A presente monografia tem como tema: "A destituição da autoridade parental e a manutenção do vínculo afetivo como direito fundamental à convivência familiar." O problema que a pesquisa busca responder é saber se a prática judicial brasileira que consagra a interrupção do poder familiar com a perda do vínculo do menor com a família original, seria a forma mais benéfica ou não para o menor? A hipótese apresentada é que a manutenção dos vínculos familiares é benéfica para o menor, mesmo em caso de interrupção do poder familiar, tendo em vista ser essencial que a criança e o adolescente tomem para si um referencial de acolhimento, identidade e proteção. Tem-se como objetivo geral deste trabalho, demonstrar a possibilidade de tornar a destituição do poder familiar um mecanismo de verdadeira proteção à criança e ao adolescente, sendo esta efetivada mediante a manutenção de sua convivência familiar e do vínculo com sua família natural. São objetivos específicos, ainda, apontar a necessidade de que a interrupção do exercício do poder familiar seja feita de modo a conservar os vínculos familiares do menor; constatar quais são os casos realmente dotados de excepcionalidade que permitem a destituição do poder familiar; Identificar alternativas para que a destituição do poder familiar traga os menores prejuízos psicológicos e afetivos ao menor, sempre garantindo seu direito à convivência familiar; analisar os princípios constitucionais e legais que visam efetivar a proteção do melhor interesse e do direito de convivência familiar da criança e do adolescente, e ainda seu direito a afetividade. Para tanto, o método de abordagem da pesquisa será o dedutivo. Quanto ao objeto geral, a pesquisa é descritiva. Adota-se a pesquisa bibliográfica-documental como procedimento técnico e com trato direto e indireto das fontes, a partir de técnicas de coleta documental e análise de conteúdo. Estruturalmente, a monografia está dividida em três capítulos. No primeiro, apresenta-se o conceito, as características e a evolução histórica do poder familiar, bem como a sua titularidade, exercício e as causas de destituição do poder familiar. No segundo, expomos o conceito moderno de família e suas diversas formações na sociedade atual, enfocando a importância da mesma para o desenvolvimento da criança e do adolescente. O papel da afetividade e da solidariedade na estrutura da família eudemonista e o direito à convivência familiar na legislação. Por fim, o terceiro analisa as medidas de colocação da criança e do adolescente em família substituta ou em abrigo como forma de garantir a convivência familiar, além do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e as alternativas para a efetivação da manutenção do vínculo familiar mostrando a contribuição do Judiciário na efetivação do direito à convivência familiar e a manutenção do vínculo.

Palavras-chave: Destituição. Poder Familiar. Conservação do Vínculo. Convivência Familiar.

ABSTRACT

The theme of the present dissertation is the destitution of the family power and the maintenance of the connection as fundamental right to the family companionship. The issue that the research seeks is to know if before the judicial Brazilian practice that consecrate the interruption of the family power with the loss of the smaller connection with the original family, would this be the more beneficial form or not? The hypothesis presented is that the maintenance of the family connections is beneficial to the minor, even in case of interruption of the family power. Considering essential that the child and the adolescent get a referential of reception, identity and protection. The general goal of this work is to demonstrate a possibility of turning the destitution of the family power in a mechanism of real protection to the child and to the adolescent, being this protection effected by the maintenance of their family companionship and of the connection with their natural family. Specific goals are, still, pointing the need of the interruption of the family power's practice to be done in way to preserve the family connections of the minor; certify which are the cases that are really gifted of exceptionality that allows the destitution of the family power; identify alternatives that make the family power's destitution bring smaller psychological and emotional disadvantages to the minor, always assuring his right to family companionship; analyze the constitutional and legal principles that aim to effect the protection to the best interest and to the right of family companionship of the child and the adolescent, and their right to affectivity. For this, the approach method of the research is the deductive one, that is, a method that establishes connections between the phenomena that were always understood as parts of a totality which is, the social life. Regarding to the nature, the research is applied and the approach method is qualitative. Regarding to the general object, the research is descriptive. The documental-bibliographic research is adopted as the technical procedure and with direct and indirect deal of the sources, from techniques of documental collection and analysis of the content. Structurally, the monograph is divided in three chapters. In the first one, is presented the concept, the characteristics and the historical evolution of the family power, as its ownership, practice and the reasons for the destitution of the family power. In the second one, we expose the modern concept of family and its several formations in the current society, focusing its importance to the development of the child and the adolescent. The affectivity and the solidarity's paper in the structure of the eudaimonistic family. And the right to family companionship in the legislation. Finally, the third one analyzes the measures of putting the child and the teenager in substitute family or in shelter as a way of guaranteeing the family companionship, the National Plan of Protection, Defense and Guarantee of the Right of the Child and the Adolescent to the Family Companionship and the alternatives to the effectuation of the maintenance of the family connection showing a contribution of the Judiciary in the effectuation of the right to family companionship and the maintenance of the connection.

Keywords: Destitution. Family Power. Conservation of the Connection. Family Companionship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO PODER FAMILIAR	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 CARACTERIZAÇÃO DO PODER FAMILIAR	14
1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	16
1.4 O PODER FAMILIAR NA ATUALIDADE E SEU EXERCÍCIO.....	20
1.5 A INTERRUPTÃO DO PODER FAMILIAR	23
1.5.1 <i>Da extinção do poder familiar</i>	24
1.5.2 <i>Da suspensão do poder familiar</i>	25
1.5.3 <i>Da destituição do Poder Familiar</i>	26
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	32
2.1 A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AVANÇADA DA PESSOA HUMANA	32
2.2 FAMÍLIA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	35
2.3 A AFETIVIDADE E A SOLIDARIEDADE COMO ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: A FAMÍLIA EUDEMONISTA	38
2.4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO	43
3 DA POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM A FAMÍLIA NATURAL	47
3.1 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	47
3.2 DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL COMO MEDIDA EXCEPCIONAL E BREVE	50
3.3 GARANTIAS TRAZIDAS PELO PLANO NACIONAL DE PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA	53
3.4 ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR.....	59

3.5 A CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO	63
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto, a destituição da autoridade parental e a manutenção do vínculo afetivo como direito fundamental à convivência familiar. O problema que a pesquisa busca responder é saber se a prática judicial brasileira que consagra a interrupção do poder familiar com a perda do vínculo do menor com a família original, é a forma mais benéfica ou não para o menor?. A hipótese que se apresenta é que a manutenção dos vínculos familiares é benéfica para o menor, mesmo em caso de interrupção do poder familiar, tendo em vista ser essencial que a criança ou o adolescente tome para si um referencial de acolhimento, identidade e proteção.

A Carta Magna de 1988 traz em seu bojo, a proteção do superior interesse da criança e do adolescente, instituído como dever da família, da sociedade e do Estado, proporcionar, com prioridade absoluta, o direito da criança e do adolescente a uma vida digna, capaz de assegurar o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para que esses fins se concretizem, a família é considerada o ambiente ideal e propício para a estruturação da pessoa, contendo a vida familiar papel determinante no integral desenvolvimento da criança.

Diante dos novos valores sociais trazidos pela Constituição de 1988 que preconizam a valorização da pessoa humana, a entidade familiar passa a ser reconhecida como base da sociedade em sua pluralidade de formas, assegurando também a Constituição, o tratamento prioritário às crianças e aos adolescentes.

Em conjunto com esse novo contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), incorporou direitos e garantias constitucionais, reiterando o dever dos pais em relação aos filhos, evidenciando medidas que tratam de restabelecer os vínculos familiares e aumentam a fiscalização por meio do Estado.

Entretanto, de forma excepcional, é permitido que a criança ou adolescente seja afastado de sua família natural, nas situações em que a permanência se mostre altamente prejudicial e nociva aos seus interesses. Possibilidade que se materializa na suspensão provisória ou destituição definitiva do poder familiar.

A destituição do poder familiar é trazida com nova roupagem pelo Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), pois decorre da importância conferida à família pelo legislador, entendendo, desta forma, que a família é a base da sociedade e que o cuidado com a criação e educação dos filhos é matéria de maior relevância. Portanto, o Estado moderno é legitimado a fiscalizar o exercício do poder familiar e até interferir no mesmo ou sobrestá-lo, quando assim for necessário.

Frente à importância da afetividade e da convivência familiar como elemento essencial à concretização do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e da necessidade excepcional de interrupção do poder familiar, apresenta-se de forma benéfica para o menor, a manutenção dos vínculos familiares, mesmo em caso de interrupção da autoridade parental.

Nesta perspectiva é que o tema mostra-se instigante e atual, tendo em vista a situação de muitos menores que são simplesmente banidos da convivência familiar, e postos em instituições; sem que haja uma preocupação anterior com os desdobramentos dessa frustrante ruptura. Medida que, muitas vezes, é tomada sem que haja a tentativa de intervir ou solucionar o problema que motivou a destituição da autoridade parental de maneira menos danosa.

Nesse viés, evidencia-se a importância de pesquisar este tema, tendo em vista ser de enorme valia que se alcancem alternativas que assegurem uma maior assistência aos pais, à família, para que estes possam permanecer com seus filhos. Porém, se todas as tentativas forem infrutíferas, a ação de destituição do poder familiar é um recurso que viabilizará um novo convívio familiar ao menor, que esteja em risco ao permanecer com sua família biológica.

São estes os argumentos centrais desta monografia, estruturada em três capítulos. O primeiro, intitulado “Do Poder Familiar” conceitua o poder familiar apresentando suas principais características e aspectos mais relevantes. O contexto histórico do instituto do poder familiar é analisado na perspectiva de sua evolução, desde Roma antiga até os dias atuais, enfocando suas principais mudanças. A proposta é evidenciar a importante transformação na estrutura do seu exercício, e principalmente da sua titularidade que passou de exclusiva do chefe de família ao exercício conjunto do casal. Encerrando suas discussões, o capítulo levanta seu principal ponto, o contexto em que se impõe a medida de destituição da autoridade parental.

A partir desta análise, o segundo capítulo, cujo título é: “Do Direito Fundamental à Convivência Familiar”, discorrerá sobre a importância da convivência familiar para o completo desenvolvimento da criança e do adolescente. O cerne do capítulo é evidenciar que o ambiente familiar é o espaço privilegiado para a efetivação dos direitos, garantias e capacidades do indivíduo em desenvolvimento, visto que, é através da solidariedade e afetividade familiar que a família atual se estrutura.

Por fim, o último capítulo, intitulado: “Da possibilidade de manutenção do vínculo com a família natural” trabalhará inicialmente com as alternativas usualmente utilizadas após

a destituição do poder familiar. Seja a colocação em família substituta, preferida neste caso a família extensa, ou em abrigo, medida mais excepcional que deve ser breve.

Evidenciará, também, as garantias introduzidas pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. O esforço aqui será demonstrar as alternativas para a efetivação da manutenção do vínculo familiar trazidas por este documento e a contribuição do Judiciário para a concretização dessa realidade.

Ao desenvolver esta pesquisa, optou-se pelo método de abordagem dedutivo. Quanto à natureza, a pesquisa é aplicada e quanto ao objeto geral, a pesquisa é descritiva. Adotou-se, ainda, a pesquisa bibliográfica-documental como procedimento técnico e com trato direto e indireto das fontes, a partir das técnicas de coleta documental e análise de conteúdo.

1 DO PODER FAMILIAR

1.1 CONCEITO

O Poder Familiar nasce do pressuposto de que ter filhos importa em assumir responsabilidades e que todo ser humano necessita de cuidados e de proteção integral a partir de seu nascimento é que surge o instituto do Poder Familiar. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como animais inferiores.¹

Faz-se necessário que alguém eduque, dirija e prepare a criança para a vida. Neste sentido, os pais são os principais responsáveis por transmitir seus valores, exemplos e visão de mundo aos seus filhos. Quase sempre, estes tendem a reproduzir as atitudes daqueles.

É verdade que diante de tamanha responsabilidade devem haver meios proporcionais para que esta possa se cumprir. Para tanto, o instituto do poder familiar se amolda à medida que os pais no exercício de seus deveres, assistem seus filhos visando à respectiva proteção integral.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho o Poder Familiar é entendido como: “(...) *simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais e espera sejam atendidos, na formação de seus membros*”.²

Pelo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves temos que: “*Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores*”.³

Pela compreensão de Roberto Senise Lisboa o instituto do Poder Familiar se caracteriza pela sua dualidade, de forma que:

É ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguramento do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco importando a origem da filiação.⁴

Já para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares, o Poder Familiar se define como:

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 6, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.415.

² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Família e Sucessões. v. 5, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.203.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Direito de Família e Sucessões. v. 5, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

O conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores. Eis a paternidade responsável (Const. Federal, art. 226, par. 7º).⁵ (grifo nosso)

A doutrina do poder familiar não se consubstancia no direito dos pais sobre os filhos, mas na concretização dos direitos dos filhos. Assim posto, não se deve pensar neste instituto como um exercício das faculdades de maneira autônoma e arbitrária, mas, em verdade, um exercício altruísta e sempre considerando o interesse da criança e do adolescente em primeiro lugar.

Pela compreensão de Carlos Roberto Gonçalves, o poder familiar é um *mínus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. É instituído no interesse dos filhos e da família. Instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a esfera do direito privado para ingressar no direito público.⁶

Vale destacar ainda, que o poder familiar deve ser exercido em alinhamento aos direitos da criança e do adolescente previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) de maneira cautelosa e prestativa por aqueles que o detém. O artigo 20 do ECA determina a igualdade entre os filhos, destacando que independente da origem da filiação terão os mesmos direitos, estando proibida qualquer discriminação.⁷

Na mesma esteira, cumpre salientar o disposto no artigo 1.630 do Código Civil⁸, o qual afirma que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Após a maioridade já não estão mais sob o poder familiar, restando demonstrada a importância da atuação dos pais no período de formação dos filhos. Não obstante, o Poder Familiar deve ser compreendido como um complexo de direitos e deveres dinâmicos, que interagem reciprocamente e não como um direito estático.

1.2 CARACTERIZAÇÃO DO PODER FAMILIAR

Considerando que o Poder Familiar é um instituto do Direito de Família, é inerente a tal que se ponha com características próprias e bem determinadas. Tais atributos são instituídos pela lei, pela jurisprudência ou até mesmo pela doutrina, com a intenção de limitar

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. v. 2, 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.497 e 498

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p.416.

⁷ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

o exercício do poder familiar para aqueles que o detém. Segundo Carlos Roberto Gonçalves o poder familiar se manifesta como sendo: inalienável, irrenunciável, indelegável, imprescritível, temporário e incompatível com a tutela.⁹

No que tange a inalienabilidade, este autor entende que por fazer parte do estado das pessoas o poder familiar não pode ser alienado. Os pais não podem transferir o poder familiar a outra pessoa, a título gratuito ou oneroso. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abduquem desse poder, será nula. Nem os pais podem dispor da relação que tem com o filho, porque lhe é necessária; nem este pode prescindir do poder familiar.

Quanto à irrenunciabilidade, está ligada ao fato de serem inerentes aos detentores do poder familiar todos os ônus dele decorrentes. Garante a observância de todas as obrigações atribuídas aos responsáveis, visto que os pais não podem escusar-se ao dever de proteção dos filhos. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado.

Primordialmente é considerado indelegável, visto que os pais não podem transferi-lo a outrem. A única exceção é a prevista no artigo 166 do ECA¹⁰, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo.

Gonçalves¹¹ destaca ainda que, por qualquer situação, é um direito imprescritível, porém nada impede que os pais percam o poder familiar temporária ou definitivamente, como será adiante analisado.

Tendo em vista o objetivo do instituto que é a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento dos filhos, só existe temporariamente enquanto existir para o menor a incapacidade no exercício dos atos da vida civil. Como preleciona o artigo 1.630 do Código Civil¹² vigente, terminada a incapacidade extingue-se também o poder familiar.

O autor ainda destaca, a incompatibilidade do instituto com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujo, os pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Outra característica é a afetividade. Este princípio surge atualmente como o grande norteador da paternidade sócioafetiva, podendo assim também ser incluído como característica do poder familiar.

Seguindo essa tendência Paulo Lôbo nos ensina:

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p.417.

¹⁰ Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit. loc. cit.*

¹² Artigo 1.630. Os **filhos** estão **sujeitos ao poder familiar**, enquanto **menores**. (grifo nosso)

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da **afetividade**, na **comunhão de afeto**, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. **A afetividade**, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.¹³ (grifo nosso)

Pelo exposto, apreende-se que o princípio da afetividade é norte para o exercício do poder familiar à medida que os laços de afeto nascem da convivência harmoniosa e não da lei. A afetividade assim deixou de ser objeto de estudo somente da pedagogia, psicologia e sociologia e passou a despertar o interesse da ciência jurídica, assim será mais bem analisada em momento oportuno deste trabalho.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

De forma breve será ressaltada a evolução histórica do instituto do poder familiar, tendo em vista a necessidade de compreender os contornos que este instituto apresentou no passado, sua evolução e aperfeiçoamento até os dias de hoje.

Inicialmente essa análise histórica nos reporta à Idade Antiga, precisamente a Roma, berço das raízes conceituais do poder familiar. Primitivamente, no direito romano o *pater familias* era o indivíduo que detinha, dentro da organização familiar, o poder absoluto.

Assim, os filhos, mulher e escravos estavam subordinados ao poder do chefe de família, sem que isso lhe gerasse obrigações. Os direitos do *pater* sob a família abarcavam desde a pessoa destes até o seu patrimônio. Ao *pater*, a lei resguardava até mesmo o tirânico direito de matar, vender ou expor o filho.

Pelas palavras de Washington Monteiro de Barros e Regina Beatriz Tavares da Silva:

No terreno pessoal o pai dispunha originariamente do enérgico *jus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*. No terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo quanto adquiria, adquiria para o pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dívidas.¹⁴

O pátrio poder somente se extinguiria pela morte do *pater*. Exceto, nos casos de emancipação por ato voluntário do *pater*, impossibilidade física ou mental que o privasse de

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.72.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *op. cit.* p.496.

exercer seu poder ou perca do *pátria potestas*. Com o transcorrer do tempo, todavia, os poderes conferidos ao chefe de família foram reduzidos do absolutismo opressivo para o simples direito de correção. Isto se deu principalmente pelo advento do Cristianismo como religião oficial de inúmeras nações, emergindo a incompatibilidade das leis com as normas que o Cristianismo pregava principalmente no que tange à vida, proibindo a venda, morte ou entrega do filho a um credor.

Segundo Vicente de Paula Ataíde Junior¹⁵, destacou-se na antiguidade, o direito germânico, de natureza mais liberal e humanística que o direito romano. O pátrio poder era instrumento de proteção dos filhos. Sendo extinto quando o filho atingisse a maioridade.

Na Idade Média, o instituto do poder familiar ganhou fortes traços do direito germânico. Tornando-se não mais vitalício, e se extinguindo quando da independência do filho. A mulher também passa a ganhar alguma participação na criação dos filhos.

Reportando pontualmente ao Brasil, surgem, em 1906, as primeiras casas de recolhimento, que atuavam no sentido de retirar as crianças e adolescentes que se encontravam abandonadas nas ruas e abrigá-las num ambiente apropriado em que elas não pudessem delinquir. Do início da Idade Contemporânea até os dias atuais, grandes mudanças se operaram no ordenamento pátrio.

Na vigência do Código Civil de 1916¹⁶ o Poder Familiar era atribuído somente ao marido pelo *pátria potestas*, sendo assim a responsabilidade e poder de decisão dentro da família era dado unicamente ao homem. Só a falta ou impedimento do chefe da sociedade conjugal que faria com que a mulher pudesse exercer tal prerrogativa.

Posteriormente, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que modificava o artigo 380 do Código Civil de 1916¹⁷, a mulher ganhou o status de colaboradora no exercício do poder família. Assim, a ordem do pai prevalecia, mas a mãe poderia acionar o judiciário no intuito de dirimir divergências.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi conquistada a igualdade entre pai e mãe no exercício do poder familiar, observamos pela leitura do artigo 226, § 5º da Carta Magna¹⁸: “*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos*

¹⁵ JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.p. 26.

¹⁶ Art. 380. Código Civil de 1916. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe de família (art. 233).

¹⁷ Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a **colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. **Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder**, prevalecerá a decisão do pai, **ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência**. (grifo nosso)

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

igualmente pelo homem e pela mulher”. Havendo qualquer divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar ambos podem recorrer ao judiciário.

Em conformidade com o dispositivo constitucional, o antigo Código de menores é substituído em 1990, pela lei 8.069/1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Paulo Henrique Haranda Fuller¹⁹ este diploma é baseado na doutrina da proteção integral, estando o exercício do Poder Familiar previsto em seu artigo 21:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (grifo nosso)²⁰

Pelos ensinamentos do dispositivo, percebemos que a igualdade entre o homem e a mulher, prevista na Constituição Federal (artigo 5º, I)²¹, é reafirmada, consolidando a ideia de que tanto o pai como a mãe devem compor e exercer o poder familiar e que todo menor tem direito ao mesmo.

Já a o atual Código Civil preceitua em seu artigo 1.631 que: *“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”*.²² Segundo Carlos Roberto Gonçalves²³, o aludido dispositivo é falho, pois o poder familiar não está necessariamente vinculado ao casamento. Ocorre que, independente do vínculo que exista entre os pais desfeito ou nunca construído, é evidente que o poder familiar decorre da filiação e não do casamento.

De acordo com os ensinamentos de Paulo Lôbo:

Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.²⁴

¹⁹ FULLER, Paulo H. A.; DEZEM, Guilherme M.; JÚNIOR, Flávio M. A. N.. **Difusos e Coletivos**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 32.

²⁰ BRASIL. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

²¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição; (grifo nosso)

²² BRASIL. Lei nº. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 418.

²⁴ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 299 *et seq.*

Isto posto, mesmo com o silêncio do Código Civil quanto às demais entidades familiares tuteladas pela Constituição, a norma deve abarcar todas elas. Competindo também o poder familiar àqueles que fazem às vezes de pai e mãe, numa estrutura de família monoparental.

De acordo com o artigo 1.632 do Código Civil²⁵, a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alteram o poder familiar. Segundo Carlos Roberto Gonçalves²⁶, mesmo que a guarda esteja na responsabilidade de apenas um dos genitores, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais.

Já o filho havido fora do casamento, precisa ser reconhecido pelo genitor para que assim o mesmo detenha o poder familiar sob este filho (artigo 1.633 do Código Civil).²⁷ Pelos ensinamentos de Coelho²⁸ para ser titular do poder familiar não basta a condição de genitor, de fornecedor de gameta. É necessário ser pai ou mãe. O poder familiar, deriva da filiação, qualquer que seja ela, e não do vínculo biológico. O filho havido fora do casamento não reconhecido pelo pai, fica sob exclusivo poder da mãe. Se a mãe for desconhecida ou incapaz de exercer o poder familiar, este será exercido por um tutor ou por pais adotivos.

Finalmente, se destaca a mudança que se operou na nomenclatura do instituto visto que a expressão “poder familiar” soa mais apropriada do que “pátrio poder” utilizada pelo Código Civil de 1916. Livrando-se da ideia do homem como chefe absoluto da família, que dá lugar ao conceito de partilha da responsabilidade e do exercício conjunto do poder familiar por ambos os cônjuges manifestado no Código Civil de 2002 pelo seu artigo 1.631.²⁹ Corroborando o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, trazido pela Carta Magna de 1988.³⁰

Vale dizer que tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002, não consta a definição de pátrio poder e poder familiar. Estas acepções são depreendidas através da natureza histórica e jurídica dos institutos que são delineados fartamente pelos mais

²⁵ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 419.

²⁷ Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p. 205.

²⁹ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

³⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição; (grifo nosso)

diversos posicionamentos doutrinários. A doutrina de Paulo Lôbo³¹, exemplificando a lei civil francesa, reprovava essas expressões e alega que ambas estão desalinhadas ao entendimento constitucional que preconiza a igualdade entre homem e mulher; sendo mais conveniente a empregar o termo *autoridade parental*, *responsabilidade parental* ou *poder parental*.

Nesse sentido assevera Carlos Roberto Gonçalves citando Paulo Luiz Netto Lôbo:

A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder” utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder.³²

A expressão “autoridade parental” acaba por ser mais representativa dos novos moldes que o instituto ganhou com a consagração do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente. Observa-se que o vocábulo autoridade, ao contrário de poder, traz o entendimento de legitimidade no interesse do outro, ao passo que a palavra parental é a manifestação mais adequada para demonstrar o vínculo de filiação entre pais e filhos como fundamento da autoridade.

Certo é que, independente da expressão que possa ser utilizada para se indicar o instituto em comento, tanto na legislação como na doutrina e apesar das críticas neste sentido, destaca-se o objetivo do instituto do poder familiar que é resguardar o melhor interesse dos filhos através da doutrina da proteção integral.

1.4 O PODER FAMILIAR NA ATUALIDADE E SEU EXERCÍCIO

Consonante a evolução do instituto do poder familiar, o filho que era objeto de direito, tornou-se sujeito de direitos. Essa inversão propiciou a transformação do conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que o envolve.

Nesse sentido, o poder familiar é um encargo imposto por lei aos pais, mas que serve ao interesse dos filhos. Faz-se oportuno salientar, que este encargo ou *munus*, diz respeito à intervenção na vida e nos bens dos filhos, e ao dever dos pais para com sua prole, até que estes alcancem a maioridade civil, ou sejam emancipados.

Do mesmo modo se posiciona Orlando Gomes:

³¹ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 295 *et seq.*

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. p. 416 *apud* Paulo Luiz Netto Lôbo, **Código Civil comentado**, v. XVI, p. 187-188.

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos.³³

Interessante diferenciar os conceitos de titularidade e exercício do poder familiar para melhor entendimento da matéria. A titularidade do poder familiar é a prerrogativa em si, conjunto de deveres intrínsecos aos pais em relação aos filhos. O exercício é a realização da titularidade, que se manifesta em aspecto ativo e prático. Exercer o poder familiar é participar de forma ativa na vida dos filhos menores, desenvolvendo as funções conferidas por lei ao titular desse direito.

Pelos ensinamentos de Paulo Lôbo:

Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal.³⁴

Ao exercício do poder familiar correspondem os direitos e deveres elencados no artigo 1.634 do Código Civil³⁵ quanto à pessoa dos filhos menores:

- I- dirigir-lhes a criação e a educação;
- II- tê-los em sua companhia e guarda;
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Torna-se claro pela leitura dos incisos, que o Código Civil de 2002 não se preocupou com os deveres atribuídos a família pela Constituição, especificamente os elencados no artigo 227³⁶, de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

³³ GOMES, Orlando. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 389.

³⁴ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 302.

³⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

³⁶ Art. 227. É **dever da família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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)

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, e no artigo 229³⁷, que atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Observa Paulo Lôbo³⁸ que a leitura das hipóteses de exercício do poder familiar está a demonstrar o que significaria a expressão do poder doméstico, segundo o antigo modelo de pátrio poder, sem referência expressa aos deveres, que passaram à frente na configuração do instituto.

O dever de dirigir a criação e educação é sem dúvida o mais importante, tendo em vista que compete aos pais formar os filhos para a vida. Cabe aos pais zelar pelo sustento e provimento dos filhos, para que estes tenham o sustento material necessário ao seu desenvolvimento. Além da responsabilidade de formação moral, para que através das regras impostas pelos pais os filhos possam aprender a conviver em sociedade e desenvolver seu caráter. A opção em relação ao tipo de educação escolar para os filhos até o grau médio também é de responsabilidade dos pais.

Trazer os filhos sempre em sua companhia e guarda também é um dever dos pais que devem fixar sua residência e não permitir que seus filhos dela se ausentem, frequentemente eventos sociais ou simplesmente viajem sozinhos, sem autorização. A guarda está diretamente ligada ao dever dos pais de cuidar dos filhos nas diversas situações necessárias durante o seu processo de desenvolvimento. Bem como, ao direito dos pais de fiscalizar e controlar a organização cotidiana dos filhos dentro do ambiente domiciliar e fora dele.

Os pais podem conceder aos filhos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos a autorização para o casamento. Integra o poder familiar o direito de conceder ou negar essa autorização. Havendo divergência entre os pais é assegurado a ambos e ao próprio filho recorrer ao juiz para solucionar a questão (artigo 1.517, CC).³⁹ Frente à recusa dos pais em concedê-la sem justo motivo, o juiz pode suprir o consentimento (artigo 1.519, CC).⁴⁰

Incumbe aos pais nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, validado este apenas se o outro cônjuge que também é titular do poder familiar for morto ou não puder exercê-lo. Esta previsão justifica-se ante a confirmação de que os pais são os mais

³⁷ Art. 229. Os **pais** têm o **dever** de **assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso)

³⁸ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p.302.

³⁹ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

⁴⁰ Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

aptos a escolher uma pessoa de sua inteira confiança para a função de tutor, caso não queiram que a tutela seja exercida pelo parente indicado na lei.

É dever dos pais representar legalmente os filhos menores nos atos da vida civil, se de idade inferior a 16 (dezesesseis) anos. Devem, por conseguinte prestar assistência aos filhos que possuem incapacidade relativa, concordando com a prática do negócio jurídico pretendido pelo menor para que seja válido.

Por meio da ação de busca e apreensão, os pais têm o direito de reclamar a devolução de seus filhos se alguém os retirar de sua companhia injustamente. Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁴¹, esta prerrogativa poderá ser utilizada inclusive por um dos pais contra o outro, sempre que desrespeitados os direitos inerentes à companhia e guarda.

Em relação aos bens dos filhos, por falta de capacidade de geri-los os menores serão representados, até os 16 (dezesesseis) anos, ou assistidos, com idade entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos por seus genitores, consoante o exposto no artigo 1.689 do Código Civil⁴², que revela como dever dos pais administrar e usufruir dos bens que pertencem aos seus filhos menores.

1.5 A INTERRUPÇÃO DO PODER FAMILIAR

Inicialmente é imprescindível esclarecer que apesar de o Estado possuir legitimidade para fiscalizar a vida privada dos indivíduos, deve haver uma limitação na execução desta prerrogativa, principalmente, no que se refere a uma análise cuidadosa dos aspectos práticos em questão, que muitas vezes preponderam às decisões, que tantas vezes carecem de uma análise mais subjetiva. Tanto que o próprio artigo 1.513 do Código Civil⁴³ trata desta matéria.

Mais especificamente no que concerne ao nosso estudo e em relação ao exercício do poder familiar, ao Estado é permitindo interferir nesta esfera quando houver uma ineficiência no cumprimento dos deveres dos pais. Situações em que não se observa o empenho dos genitores em prestigiar o melhor interesse dos filhos para um pleno desenvolvimento. De forma que, o poder familiar poderá ser suspenso ou até mesmo retirado dos genitores que se mostram incapazes de assumir a responsabilidades de pais.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 421.

⁴² Art. 1.689. O **pai e a mãe**, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são **usufrutuários** dos bens dos filhos;

II - têm a **administração dos bens dos filhos menores** sob sua autoridade. (grifo nosso)

⁴³ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

É acerca deste universo que este trabalho se propõe a adentrar nas páginas a seguir, principalmente no que atine à destituição do poder familiar. Incumbe inicialmente que sejam feitos breves esclarecimentos para a melhor compreensão do tema em questão. Temos que o Código Civil de 2002⁴⁴ traz em sua disciplina, três distintas formas de intervenção do Estado no exercício do poder familiar: a extinção, a suspensão e a destituição do poder familiar. Essas intervenções se fazem executar pelo maior ou menor grau proatividade que o Estado necessite atuar.

1.5.1 Da extinção do poder familiar

A extinção é tida como a medida mais simples de interrupção do poder familiar, ocorrendo primordialmente por eventos advindos da própria natureza. Quando provocados, em geral não se tratam de penalidade, independe da vontade dos pais, ou não concorrem eles para os eventos que a determinam. Vez que a extinção do poder familiar é perpétua e não poderá ser reestabelecida.

As situações que ensejam a extinção do poder familiar estão dispostas no artigo 1.635 do Código Civil⁴⁵, que prevê como tais: a morte dos pais, a emancipação, a maioridade, a adoção e através de decisão judicial. A morte dos pais faz desaparecer os titulares do direito, tornando-se necessária a nomeação de um tutor para garantir a proteção dos interesses do órfão. Falecendo um dos pais, o poder familiar é atraído unicamente para o sobrevivente. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem esvaziar-se a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor.⁴⁶

Com a adoção, o poder familiar é extinto dos pais naturais e transferindo para os pais adotivos. Tal circunstância é irreversível, de acordo com o que vem decidindo os Tribunais, mostrando-se ineficaz o arrependimento dos genitores posteriormente a efetivação de adoção regular. Vale dizer que a adoção deve ser concedida pelos pais na forma do artigo 45 do ECA.⁴⁷

⁴⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

⁴⁵ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 430.

⁴⁷ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

A extinção do poder familiar também se dá pelas modalidades de destituição do poder familiar elencadas no artigo 1.638 do Código Civil. Estas serão minuciosamente tratadas em tópico específico deste trabalho.

1.5.2 Da suspensão do poder familiar

A suspensão do poder familiar se configura como uma sanção que implica em restrições no exercício da autoridade parental. É aplicada em decorrência do abuso ou negligência dos pais em relação aos seus filhos. Alternativa a impedir que os pais disponham da pessoa de seus filhos, assim como de seus bens, de maneira arbitrária e ilimitada.

A suspensão do poder familiar pode ser total ou parcial, para a prática de determinados atos, e ser efetuada em relação a um dos pais apenas. Concentrando o exercício do poder familiar no outro, salvo se for incapaz ou falecido, caso em que deve ser nomeado tutor.

A suspensão total priva o pai ou a mãe de todos os direitos que derivam do poder familiar. A suspensão é medida facultativa, assim o magistrado pode deixar de aplicá-la, de modo a ser decretada em relação a um único filho ou a todos.

Pelos ensinamentos do artigo 1.637 do Código Civil⁴⁸, estão dispostas quatro hipóteses cabíveis a suspensão do poder familiar, a saber: o descumprimento do dever inerentes aos pais, a ruína dos bens dos filhos, o risco à segurança do filho e a condenação cujo crime a pena exceda 2 (dois) anos.

Nestes casos, há manifesto abuso do poder familiar, enquanto no último, em que a pessoa que exercita o poder familiar é detida, não há possibilidade de o genitor cuidar e zelar pelo filho. A suspensão poderá se efetivar, em casos de interdição ou ausência de um dos genitores.

Como bem pondera Paulo Lôbo as hipóteses enumeradas neste artigo não são taxativas:

As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza do poder familiar. Não é preciso que a causa seja permanente. Basta um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ensejar a suspensão. Por exemplo, quando o pai, tendo

⁴⁸ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho.⁴⁹

Em relação à suspensão do poder familiar por prisão, Paulo Lôbo pondera:

Não perde o poder familiar o pai ou a mãe que sejam condenados, por sentença transitada em julgado, a pena que exceda a dois anos de prisão, desde que o crime não tenha sido cometido contra o filho ou por este com a cumplicidade daqueles. Por força da Lei n. 7.209/84, que deu nova redação ao art. 93 do Código Penal, está vedada a volta ao exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido. Na primeira hipótese o poder familiar é suspenso enquanto perdurar o cumprimento da pena.⁵⁰

Não existe disposição na lei versando sobre o tempo que a suspensão deve persistir, cabendo ao magistrado, pela análise dos fatos concretos, resguardando o interesse do menor, determinar um prazo razoável.

Das medidas de interrupção do poder familiar é considerada a menos gravosa, posto ser a única que conhece da possibilidade de reversão, na medida em que os requisitos que levaram a concedê-la se extingam. A restituição do poder familiar pode ser total, retornando o completo poder ou parcial com restrições determinadas pelo juiz.

Com fulcro no melhor interesse da criança e do adolescente, todas as decisões em processos que envolvem o direito de menores precisam ser cuidadosamente tomadas, devendo haver a suspensão do poder familiar somente nos casos em que outras medidas menos severas possam resolver o problema, amenizando possíveis sofrimentos e traumas que possam acometer os menores.

Visando a prática do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio já consolidado em meio às normas vigentes, todas as decisões dentro de um processo judicial acerca do tema tratado precisa ser estrategicamente conduzido. O magistrado deverá tomar as providências cabíveis para amenizar o sofrimento e possíveis traumas que venham a acometer os infantes.

1.5.3 Da destituição do Poder Familiar

Quanto à perda ou destituição, trata-se de uma sanção imposta por sentença judicial em que um ou a ambos os genitores/responsáveis perdem o poder familiar em razão do

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 307.

⁵⁰ *Idem.*

descumprimento injustificado de seus deveres ou pela violação aos direitos que protegem a criança e o adolescente.

A destituição do poder familiar é a medida que pretende proteger o incapaz de quaisquer prejuízos que venha a sofrer, prezando por sua vida, dignidade, saúde e segurança. O alcance desta sanção é maior em relação à suspensão, tendo em vista o dever do Estado de salvaguardar os superiores interesses de menores vítimas de negligência e a elevada relevância dos deveres infringidos.

Temos que o artigo 1.635 do Código Civil nos diz pela sua adequada apreciação que a destituição do poder familiar decretada por meio de decisão judicial é hipótese de extinção do poder familiar. Assim, é preciso perceber que, qualquer causa de perda provoca, em regra, a extinção do poder familiar:

Art. 1.635. **Extingue-se o poder familiar:**
[...]
V - por **decisão judicial**, na forma do artigo 1.638.⁵¹ (grifo nosso)

Posteriormente, o artigo 1.638 do diploma Civil vem regulamentar as hipóteses em que o juiz poderá declarar por meio de sentença judicial a destituição do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.⁵²

Pelo teor do inciso I podemos entender que seriam admitidos os castigos físicos ou psíquicos “moderados”, já que somente é apontado como causa de perda do poder familiar o “castigo imoderado ao filho”. Ademais, persiste na doutrina o entendimento de que o castigo faz parte de uma herança cultural como resquício do pátrio poder, apresentando-se como tolerável. Admitido pelo fundamento da liberdade nas relações privadas, como parte da discricionariedade aos pais atribuída na escolha do melhor método para educar seus filhos.

Este entendimento, porém, não mais se alinha a nova realidade inaugurada com a lei da Palmada (Lei 13.010/14)⁵³ que assegura às crianças e adolescentes o direito de ser educados sem o uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante. Esta lei altera o Estatuto da Criança e do Adolescente e consolida o entendimento constitucional trazido pelo

⁵¹ BRASIL. Lei nº. 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

⁵² *Idem*.

⁵³ BRASIL. **Lei nº. 13.010** (2014). Brasília, DF: Senado Federal 2014.

artigo 227 da Carta Magna⁵⁴, que determina como dever da família colocar o filho a salvo de toda violência.

De forma que 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. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade do filho.

Nesse sentido afirma Maria Berenice Dias:

De qualquer modo a Lei tem o mérito de acabar com a absurda permissão que o Código Civil outorgava aos pais de castigar os filhos, ao menos moderadamente. Isto porque só o castigo imoderado ensejava a perda do poder familiar (CC, art. 1.638, inc. I). Ou seja, o castigo moderado era admitido. Agora não mais. Quem impinge castigo físico ou tratamento cruel ou degradante fica sujeito a cumprir medidas de caráter psicossociais.⁵⁵

Assim, mesmo com a constante afirmação de advogados e estudiosos do direito de que a referida lei não tem o condão de impedir que um pai dê uma “palmada” em um filho, é predominante a ideia de que tais medidas esvaziaram-se de utilidade. Mostrando-se muito mais proveitosa a correção através da aplicação de um castigo de privação do que propriamente o uso da repreensão física. Posto que, para fins de perda do poder familiar a prática de violência física contra os menores tende a ser energeticamente combatida.

Em se tratando do abandono, que enseja a perda do poder familiar deve ser considerada a falta de assistência material, que coloca em risco a saúde e a sobrevivência. Como também o abandono moral e intelectual, nas situações em que ocorre descaso com a educação e moralidade do menor. No intuito de reprimir os diversos tipos de abandono, o Código Penal tipifica como crime: o abandono material (artigo 244, CP)⁵⁶, abandono

⁵⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

⁵⁵ Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/lei_da_palmada.pdf> Acesso em 18 de novembro de 2015.

⁵⁶ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

intelectual (artigo 245, CP)⁵⁷, abandono moral (CP, art. 247)⁵⁸, abandono de incapaz (CP, art. 133)⁵⁹ e abandono de recém-nascido (CP, art. 134)⁶⁰.

A moral e os bons costumes devem ser prestigiados na educação dos menores, tendo em vista que estes se preparam no lar para o convívio social, de forma que tendem a reproduzir o comportamento que visualizam nos pais, que devem manter uma postura honrada e digna diante de seus filhos.

Entendendo a infância como a fase de formação da personalidade, é importante que os menores aprendam com bons exemplos para que seu caráter seja moldado sob os mais altos padrões de ética e dignidade, num ambiente livre de pornografia, prostituição e libertinagem.

⁵⁷ Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º- A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º- Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

⁵⁸ Art. 247. Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I- frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II- frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III- resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV- mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena- detenção, de um a três meses, ou multa.

⁵⁹ Abandono de incapaz

Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena- detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º- Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena- reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º- Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§ 3º- As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I- se o abandono ocorre em lugar ermo;

II- se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

III- se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

⁶⁰ **Exposição ou abandono de recém-nascido**

Art. 134- Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena- detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º- Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena- detenção, de um a três anos.

§ 2º- Se resulta a morte:

Pena- detenção, de dois a seis anos.

Omissão de socorro

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena- detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único- A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Deve-se frisar por oportuno, que os comportamentos reiterados das condutas que ocasionam a suspensão do poder familiar podem gerar a sua destituição. Esta previsão contida no inciso IV do artigo 1.638 do Código Civil⁶¹ visa inibir a repetição das faltas mais leves que ocasionariam apenas mais uma suspensão.

A sentença judicial que decreta a perda do poder familiar poderá ser procedente, como já mencionado, nos casos em que ficar configurado abandono, exposição a riscos ou imoralidade e castigos imoderados. Também podendo ser determinada em alguns casos previstos no Código Penal, como ensina Paulo Lôbo:

A perda do poder familiar deve se dar, sempre, quando o titular for condenado, seja como autor, seja como coautor, por crime ou delito cometido sobre a pessoa do filho, ou como cúmplice de crime ou delito cometido pelo filho menor. Por força do art. 93 do Código Penal, está vedada a volta ao exercício do pátrio poder, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido. No mesmo sentido, e por lesão aos deveres de manutenção, segurança e saúde do filho, perde o poder familiar quem for consumidor contumaz de bebidas alcoólicas ou viciado em drogas, que levam a condutas contrárias à moral e aos bons costumes.⁶²

Ressalte-se que a destituição do poder familiar é permanente, mas não definitiva. Podendo ser restaurado o poder familiar sobre o filho, se o pai comprovar judicialmente que a causa que determinou tal sanção foi sobrestada ou se extinguiu.

Os procedimentos da ação de destituição do poder familiar estão previstos no artigo 155 e seguintes da lei 8.069/90 (Estatuto Criança e do Adolescente). A qual também prevê em seu artigo 24 que: *“A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações...”*⁶³

Os legitimados para ingressar com o procedimento são o Ministério Público, qualquer parente do menor, ou quem tenha legítimo interesse. Caberá ao juiz da Vara da Infância e da Juventude⁶⁴, ou o Juiz de Família, analisar o cabimento da medida que será decretada por

⁶¹ Art.1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

[...]

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁶² LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 309 *et seq.*

⁶³ BRASIL. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

⁶⁴ ECA - Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

[...]

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98 é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

sentença judicial. Esta terá efeito instantâneo e será averbada no registro civil do menor para que o pai não detenha mais nenhuma autoridade sob o filho.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

2.1 A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AVANÇADA DA PESSOA HUMANA

Para introduzir o estudo do direito fundamental à convivência familiar se faz necessário basicamente estabelecer o entendimento do que seria família na contemporaneidade. Através do estudo etimológico da palavra família, percebe-se que a mesma deriva da expressão latina *famul*, com o significado de servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Esta origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas demonstrando a ideia de agrupamento.

Inicialmente destaca-se a definição encontrada no dicionário Michaelis⁶⁵, que traz diversas acepções ao conceito de família.

Em sentido amplo, a expressão família abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem de um mesmo tronco ancestral comum. As leis geralmente referem-se à família como uma configuração mais restrita, constituída pelo seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos. Porém, o conceito de família antes de ser jurídico, é sociológico e isto implica reconhecer ao fenômeno familiar, um permanente processo de mudança e evolução.

O conceito de família também é histórico e altera-se com o passar do tempo. Não existe uma motivação previamente determinada que implique na formação de uma família. Isto porque cada época e lugar elege um motivo predominante para se constituir uma família.

⁶² fa.mí.lia *sf* (*lat família*) 1 Conjunto de pessoas, em geral ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2 Conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; estirpe. 3 Pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por casamento, filiação, ou mesmo adoção, que vivem ou não em comum; parentes, parentela. 4 *fig* Grupo de pessoas unidas por convicções, interesses ou origem comuns. 5 Conjunto de coisas que apresentam características ou propriedades comuns. 6 *Biol* Categoria sistemática, divisão principal de uma ordem, constituída por um ou mais gêneros ou tribos vegetais ou animais com características filogenéticas comuns e que se diferenciam de outros gêneros ou tribos por caracteres marcantes. [Na sistemática taxonômica, a família situa-se abaixo da *ordem* e acima da *tribo* ou do *gênero*.] 7 *Tip* Conjunto dos tipos cujo desenho, independentemente do corpo, apresenta as mesmas características fundamentais, podendo apenas variar na forma e na inclinação dos traços e na largura relativa das letras. 8 *Mat* Conjunto de curvas e superfícies indexadas por um ou mais parâmetros. 9 *Quím V grupo*. *F. conjugal, Sociol*: grupo constituído por marido, mulher e filhos menores ou solteiros. *F. de palavras*: grupo de palavras cognatas, isto é, que tem a mesma raiz. *F. humana*: a humanidade. *F. miúda*: os filhos pequenos. *F. paternal, Sociol*: grupo constituído por um casal, todos os descendentes masculinos e seus filhos menores. *F. patriarcal, Sociol*: tipo da família governada pelo pai, ou, na antiga Roma, pelo chefe varão mais velho: o patriarca. *F. tronco, Sociol*: grupo constituído por marido, mulher e um filho casado, com sua prole, vivendo todos sob o mesmo teto. *F. seráfica*: ordem seráfica. *Sagrada f.*: representação do Menino Jesus com a Virgem Maria e São José. *Em família*: familiarmente, sem cerimônia.

Com o passar dos anos, o conceito de família se modificou substancialmente, até que nos dias de hoje, ostenta uma compreensão múltipla, plural, podendo-se dizer que corresponde a um ou mais indivíduos ligados por traços biológicos, sócio-psíquicos ou afetivos, com o escopo de desenvolver a personalidade de cada um.⁶⁶

Ao examinar os antigos manuais de Direito de Família, observa-se que a origem da família era o casamento. Costumava-se falar em família ilegítima, quando não oriunda do casamento. Além disso, os filhos eram considerados ilegítimos se não adviessem na constância do matrimônio.

Na contramão do que era estabelecido, a família hodierna pode ser constituída tanto pelo casamento, ato solene, como também pela união estável, composta por um homem e uma mulher, fora da moldura clássica, religiosa e jurídica do casamento. É neste aspecto que a Constituição Federal de 1988 revolucionou e transformou os paradigmas do entendimento de família em todas as suas feições.

Ademais, também se prevê atualmente pelos moldes da moderna organização familiar, a família monoparental, separada da noção de casal. Resultante da concepção por meios artificiais, ou até mesmo aquela decorrente de um estado de separação, divórcio, viuvez ou de um relacionamento eventual. Configuração em que a família é composta por um dos pais e seus descendentes.

Outra realidade de família, existente em nosso ordenamento jurídico é a formada por casais homossexuais. De forma que, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo ([STF|ADI-4.277]⁶⁷ e [ADPF-132]⁶⁸) e o crescente número de adoções por estes casais vem concretizando a cada dia mais esta realidade em nosso país.

Maria Berenice Dias, em sua obra intitulada *Manual de Direito das Famílias*, elenca diversas outras organizações de família, as quais também são uma realidade social e, por

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. v. 6, 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.p. 45.

⁶⁷ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (grifo nosso)

⁶⁸ PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

consequente, talvez requeiram reconhecimento pelo direito. A autora citada refere-se à família *anaparental*, formada entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes dentro de uma estruturação com identidade de propósito; mencionando também a família *pluriparental*, que é a convivência familiar dos parentes colaterais, não importando a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles.⁶⁹

De certo, seja qual for o modelo ou a constituição da família, esta sempre será um núcleo transmissor de costumes, vivências e experiências humanas que perpassam gerações. Deste modo, ao passo que a sociedade como um todo evolui, a família vai se adequando as novas necessidades humanas, satisfazendo aos valores que permeiam o tempo e o espaço.

Corroborando este entendimento, figuram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que prelecionam:

A família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.⁷⁰

É nesse contexto primário que o homem se diferencia dos demais animais, pois tem a possibilidade de formar grupos nos quais poderá desenvolver a sua personalidade, transformando-se a cada momento e espaço e renovando-se, em face de da sua própria estrutura cultural.

Frente a estas considerações constata-se que por mais diversos que tenham se tornado os núcleos familiares, o Direito de Família tem buscado se moldar ao passo que regule da melhor forma as regras acerca das relações pessoais entre os indivíduos que se organizam em família.

Sejam estas famílias oriundas do matrimônio ou de uma relação de parentesco, a proteção ao núcleo familiar tem como foco o amparo ao indivíduo, sobretudo, a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente, que recebe através da família a assistência e a garantia de que seus direitos serão efetivados de forma inerente às suas particularidades.

É através desse novo olhar sobre a família e a participação de cada membro na construção do seu novo papel, que se entende a importância dessa organização, espaço

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46-48.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 46.

privilegiado para o desenvolvimento do indivíduo, local para expressar seus valores e adquirir experiências.

2.2 FAMÍLIA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Cumpra-se asseverar que a família é uma instituição de direito natural, portanto faz parte da natureza humana a necessidade de pertencer a um núcleo, um referencial de pessoas com as quais se tenha identidade. O ser humano é um ser gregário e é na família, como primeiro grupo no qual o indivíduo se insere que, é estabelecida a primeira relação de afeto, fundamental no desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.

Pelas palavras de Roberto João Elias:

O homem não nasce nem vive isolado, mas pertence a determinado grupo social: à sociedade política e a sociedade familiar. A posição de sujeito a respeito de pertencer a determinado grupo social chama-se status e corresponde à distinção jurídica de alguma pessoa entre todas as outras.⁷¹

Segundo o autor, vários fatores induzem ao Direito de Família, como a influência do Cristianismo, pelos ensinamentos bíblicos do Velho e do Novo Testamento, que preceituam que a família deve ser unida e que os filhos nela devem encontrar toda a assistência. Conseqüentemente, em uma civilização cristã, devem-se empregar todos os esforços para a preservação e o fortalecimento da família, para que os menores sejam por ela amparados.⁷²

Suzana Oliveira Marques ensina que inicialmente a família possuía funções bem definidas e por consequência, diretamente ligadas ao casamento, como: a função de procriação, a função de manutenção e aquisição de propriedade, a função social (pois a pessoa casada era mais considerada na sociedade) e a função assistencial.⁷³

Contraopondo-se a este pensamento, a moderna doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressalta:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na

⁷¹ ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 32.

⁷² *Ibidem*. p. 31.

⁷³ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 25.

solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

[...]

Nessa linha de intelecção, a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade...⁷⁴

Comungando do mesmo entendimento, Suzana Oliveira Marques aduz que:

A família contemporânea mantém algumas das funções anteriores, sobretudo as da assistência mútua e procriação. Mas, com as modificações sociais, independência e liberdade concedida às mulheres, algumas funções anteriores foram desaparecendo, tais como a assistência social e a função econômica. A família contemporânea, portanto, deixa de ser hierarquizada, para se torna-se igualitária, centrada na afetividade.⁷⁵

O conteúdo jurídico do estado de família é a assistência moral e material, de forma que, é por meio do *status familiar* que se confere ao indivíduo a garantia de assistência direta, apoio pessoal que ninguém pode prescindir. É certo que nenhuma pessoa deva ser privada do amparo de seus semelhantes, sobretudo as crianças e os adolescentes que necessitam de atenção e cuidados especiais para o seu pleno desenvolvimento.

Não se pode olvidar que a família é a primeira instituição a ser convocada para satisfazer as necessidades básicas da criança, competindo aos pais a responsabilidade de sua formação, orientação e acompanhamento. A família é a primeira escola para os filhos. É a família que educa e prepara os filhos para a vida.

Pelas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “*a família é o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal.*”⁷⁶

É no grupo familiar que o desenvolvimento psicológico se inicia, e também o primeiro contato com a sociedade. Compete à família educar e preparar a criança para relacionar-se com os diferentes grupos sociais, recebendo desde a primeira infância o suporte necessário para que possa entender a dinâmica de comunicação e interação junto à sociedade.

É no seio da família que a pessoa desenvolve e completa o ciclo de socialização, por ela aprende a adquirir os valores sociais e a atravessar entre as diferenças de comportamento, instruindo a conviver e a interagir com as demais pessoas.

A importância da família reside na tarefa de educar e fazer florescer na essência da criança, valores que façam com que os princípios da civilidade e do respeito prevaleçam nas

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 70.

⁷⁵ MARQUES, Suzana Oliveira. *op. cit.* p. 27.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 49.

relações sociais. Destacando-se, ainda, que a criança se espelha na família e no exemplo dos pais que tem o poder de moldar o caráter dos filhos.

Nesse sentido Veronese e Costa citados por Neidemar José Fachinetto fazem interessante observação:

Desse modo, a família, além de ser o meio primário que propicia as primeiras e elementares noções de convivência social, ela é principalmente, também o meio que possibilita o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas, morais e espirituais da criança e do adolescente, no sentido de que, por mais que muitos desses conteúdos (sociais, morais, intelectuais e espirituais) advenham do contato com outras instâncias, a família é responsável, por assim dizer, pelo cultivo da terra onde as sementes serão lançadas.⁷⁷

Os pais são os principais responsáveis pela solidificação do lar, fortalecendo os laços da família. Além de demonstrar o amor e o abrigo que ali existem, os pais também devem impulsionar os filhos a seguir sempre em frente com a certeza de que estão amparados na retaguarda. Devem acarinhar e estimular as crianças no sentido de transformá-las em seres humanos com capacidade de se sensibilizar e ser solidários com as pessoas a sua volta, cidadãos comprometidos com a sociedade.

É na família que a criança aprende o sentido da liberdade. É nela que se encontra o ambiente apropriado para o desenvolvimento do ser humano. Nesse espaço a criança se sente protegida e em segurança para percorrer o caminho que a leva a se integrar na sociedade e no mundo.

Sobre esta temática Felipe Pastro Klein faz preciosa observação:

O relacionamento entre pais e filhos transformou-se profundamente, partindo-se para um reconhecimento do menor e de sua função na própria entidade familiar. Esta nova família está voltada para a realização dos interesses de seus indivíduos, não mais em si e por si como instituição.⁷⁸

A família exerce um papel de extrema importância no desenvolvimento da criança, uma vez que é através desta que se constituem pessoas adultas com uma determinada autoestima e onde estas aprendem a enfrentar desafios e a assumir responsabilidades. Sem dúvidas, o espaço familiar é, por excelência, o local privilegiado, que desenvolve os valores da criança, orientando para a dura batalha de resolver seus próprios problemas e enfrentar os desafios do dia-a-dia.

⁷⁷ FACHINETTO, Neidemar José. **Direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 65.

⁷⁸ KLEIN, Felipe Pastro. **Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 144.

Com relação a esta formação peculiar, Neidemar José Fachinetto observa:

Dessa forma, podemos entender que, com relação ao desenvolvimento individual, seria muito difícil para qualquer grupo que não a família angariar todos os esforços necessários para que esse processo se dê de uma forma saudável.⁷⁹

Vários fatores sem dúvida modificaram as funções da família atual, entre eles a inauguração de uma realidade na qual as mulheres passaram a exercer uma nova função na família, tanto ao que se refere a colaboração no provimento da casa, como para a ocupação de um papel efetivo na tomada de decisões da família.

Os costumes e a liberdade trazida pelos novos tempos também modificaram o modo de educar os filhos, trazendo à família a responsabilidade ainda mais acentuada de orientação e diálogo com os filhos para o enfrentamento dos novos desafios. Neste sentido na vida familiar se mostram determinantes a boa educação e formação do indivíduo, sobretudo na infância e adolescência.

Vale ressaltar que o Estado intervém no âmbito familiar para fortalecer seus vínculos, mas também para garantir a finalidade primordial a que se destina, como primeira base da sociedade. É por isto que as normas que disciplinam a família são em sua maioria, de ordem pública, de obrigatoriedade absoluta, não podendo ser derogadas pela vontade de particulares.

2.3 A AFETIVIDADE E A SOLIDARIEDADE COMO ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: A FAMÍLIA EUDEMONISTA

O afeto compõe o alicerce para a formação das relações familiares e passou a ter importância jurídica, pela valorização dos vínculos conjugais. O sentido do afeto do ponto de vista familiar pode ser compreendido, como o sentimento entre duas ou mais pessoas, que se afeiçoam através do convívio. Destarte, a família é o berço para a instrução e convivência, visto que os exemplos práticos assimilados com a vivência em família confirmam que o afeto está envolto pelo amor.

Importante destacar a diferença entre a afetividade, princípio jurídico e o afeto, fato psicológico já que segundo Lôbo “*porquanto pode ser presumida quando este faltar na*

⁷⁹ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 58.

*realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.*⁸⁰

Nos dias de hoje, é impossível dimensionar o direito de família sem conduzi-lo à afetividade como preceito essencial nas relações familiares. A cada dia mais este princípio é associado aos conceitos atinentes à universalidade familiar, pois é daí que se faz cumprir a mencionada paternidade responsável, que cuida dos recursos materiais e, sobretudo da assistência moral. Nesta acepção, pontua Paulo Lôbo acerca da importância do afeto na evolução da família:

É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.⁸¹

Não se pode conceber que uma criança necessite mais dos recursos materiais do que dos morais. Os dois proporcionam elevada significância na formação do ser humano, pois se o corpo não existe sem comida, o corpo mental, psicológico e social não se desenvolvem sem as relações, uma vez que elas são a manifestação do amor e do afeto.

Nesse sentido Paulo Lôbo faz importante observação acerca da função atual da família:

A realização pessoal da **afetividade**, no ambiente de convivência e **solidariedade**, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até Mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao **afeto**, deixou de ser sua finalidade precípua.⁸² (grifo nosso)

Dividindo o mesmo entendimento acerca da valorização do afeto nas relações familiares, Felipe Pastro Klein pontua:

Novos ventos sopraram no horizonte do direito desde o século XIX até a atualidade, e com eles uma transformação substancial na estrutura intersubjetiva das relações familiares. A família e o direito de família não seriam mais os mesmos de outrora. Na cadeia evolutiva da organização familiar, a **afetividade** emergiu derrubando as fronteiras de um patrimonialismo enraizado na cultura jurídica pátria.⁸³ (grifo nosso)

⁸⁰ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 71.

⁸¹ *Ibidem.* p. 70.

⁸² *Ibidem.* p. 20.

⁸³ KLEIN, Felipe Pastro. *op. cit.* p.142.

A base da família constitucionalizada refletida pelos direitos da personalidade tem como imprescindível a convivência familiar afetiva, na qual a afetividade passa a ser uma premissa substancial e não mais formal, envolvendo em seu âmago a ideia de que o ser humano precisa ser afetuoso com seu semelhante, exercitando em sua vida, a solidariedade com o outro, pois é impossível viver na solidão.

Abordando a importância do afeto e da solidariedade no seio familiar figura Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que salientam:

O **afeto** caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de **solidariedade**, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra. O **afeto** traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível **respeito** às peculiaridades de cada um de seus membros.⁸⁴ (grifo nosso)

Na mesma perspectiva observa Ana Carolina Brochado Teixeira sobre a afetividade e a solidariedade na família que:

A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais, que transpôs para seu interior a **solidariedade** social, pois seus membros são corresponsáveis uns pelos outros.⁸⁵ (grifo nosso)
Busca-se uma família mais livre, sem massificação com valorização da liberdade individual, mas também da reciprocidade, com uma vivência mais **solidarista**, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também como base na ajuda mútua e no diálogo.⁸⁶ (grifo nosso)

Completando os ensinamentos atinentes à solidariedade, confiança e afeto familiar, apresentamos as ideias de Roberto Senise Lisboa acerca do tema:

Decorrência do princípio da **solidariedade familiar**, a afeição e o respeito de um membro da entidade familiar pelo outro devem ser desenvolvidos objetivando o máximo estreitamento das relações entre os cônjuges e os descendentes. **Afeição** é a ligação existente entre os membros da família por decorrência dos sentimentos que os unem. Já a noção de respeito é equívoca, podendo denotar a preservação da honra, dever esse, inclusive, que subsiste em uma relação familiar. **Respeito** é, nesse sentido, a consideração ou importância que se dá a um membro da entidade familiar, pouco importando se o parentesco é em linha reta ou colateral. Estes são, na verdade, elementos integrantes do princípio da **solidariedade familiar**.⁸⁷ (grifo nosso)

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p.72.

⁸⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. Revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 28-29.

⁸⁶ *ibidem*, p. 34.

⁸⁷ LISBOA, Roberto Senise. *op. cit.* p. 46.

Considerando que a personalidade de uma criança está em formação, a ausência desta solidariedade pode provocar implicações severas em sua vida, tornando-a um adulto aquém de suas potencialidades, uma vez que não habitou num ambiente propício para o amadurecimento de sua segurança e de suas qualidades.

Acerca do encargo que tem os pais na busca deste ideal aos filhos, compete ressaltar a sua obrigação constitucional de criar e educar os descendentes por meio da convivência afetiva; sendo este o ônus pré-julgado da escolha de procriar. Processo do qual decorre a formação moral, religiosa, social, entre outras. Não se pode imaginar outra forma de cumprir esta responsabilidade, se não pelo desdobramento da solidariedade e da convivência familiar afetiva.

A negligência da convivência familiar gera uma violência moral, infringe aos preceitos constitucionais e compromete as garantias individuais da criança e do adolescente. Os pais tem o dever de conviver com seu filho e de torná-lo um adulto equilibrado e responsável, para que a própria sociedade não sofra o reflexo da falta de amor, recebendo um indivíduo inseguro das suas atribuições e muitas vezes hostil por não ter sido criado num ambiente de laços amigáveis e de afeto.

O exercício concreto do poder familiar é alcançado pela convivência, pois assim os pais tem a oportunidade de cumprir a premissa legal e moral de criar e educar os filhos. Portanto, a criança que é criada num lar equilibrado emocionalmente, tende a ter um desenvolvimento maior de suas habilidades. Daí, a Carta Magna preservar com tanto cuidado os direitos que têm a criança e o adolescente e os deveres que têm os pais de estar presente na vida dos filhos.

A omissão do poder familiar equipara-se a dizer que uma lacuna será deixada na personalidade de uma criança, de tal maneira que a impeça de alcançar o desenvolvimento completo de suas capacidades. Maria Berenice Dias discorrendo sobre o dano afetivo, conclui que:

A falta de convivência dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhes faltar esta referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida.⁸⁸

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p. 120.

O abandono não é aquele unicamente material, mas qualquer demonstração de que a criança ou o adolescente está desamparado. Ao menor que, não receber afeto incide em abandono, eis que deve se ponderar que o afeto é gênero enquanto o amor é espécie. O pai que não devota os devidos cuidados médicos ao seu filho, não o mantém estudando, não lhe guarda os momentos de lazer, não lhe provê os recursos materiais e não lhe orienta sobre a convivência social é omissor e demonstra deixar em abandono o filho, um abandono moral destituído dos laços de afeto.

O Direito de Família é o ramo do direito mais influenciado por conceitos morais e religiosos, compondo-se em um complexo de obrigações e direitos. Família e afeto encontram-se profundamente ligados, embora sejam abstrações de difícil determinação. As relações e os vínculos familiares são essenciais para a formação do indivíduo, posto que a família seja um referencial, onde os valores vivenciados, as experiências afetivas e a geração de juízos de valores e expectativas, influenciarão no desenvolvimento da personalidade.

Neste mesmo entendimento acerca da complexidade da determinação do afeto preleciona Paulo Lôbo, que:

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos **afetos**, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o **afeto** era secundário. A força da **afetividade** reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas **relações familiares**.⁸⁹ (grifo nosso)

Importante também destacar que, a família existe em razão de seus membros, e não estes em função daquela, estimando de forma definitiva a pessoa humana. É o que se convencionou titular de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus componentes. Trata-se de um novo modelo familiar, em que o Direito de Família desloca seu foco não mais a família como instituição, mas primordialmente à proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade.

Pelos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a família tem fundamental importância no processo de busca da realização pessoal, de forma que:

A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.⁹⁰

⁸⁹ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 73.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 48.

Dessa forma, percebe-se que o afeto possui grande importância para a concretização da felicidade, até porque seria impossível conquistar a felicidade sem desenvolver nenhuma relação de afeto. Como afirma Simone Tassinari Cardoso: *“Na família eudemonista talvez seja o affectio um dos elementos de maior relevância para a formação e continuidade do vínculo familiar.”*⁹¹

2.4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO

Diante da enorme importância da presença da família na vida do ser humano, sobretudo no desenvolvimento moral, psicológico e social da criança é que surge o imperativo de resguardar o direito dos infantes à convivência familiar.

O marco histórico inicial, no reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente relativos a essa prerrogativa, foi a Declaração dos Direitos da Criança⁹², da qual o Brasil é signatário. Aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1959, que prevê o direito de a criança ser criada pelos seus pais, assim seu 6º princípio, determina:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. **Criar-se-á**, sempre que possível, **aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais** e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.⁹³ (grifo nosso)

Dando continuidade aos esforços no sentido de reconhecer à criança e ao adolescente, seus direitos fundamentais, aí incluso o direito de ter uma família, que no ano de 1989, a Convenção dos Direitos da Criança é aprovada em Assembleia Geral. Este documento trata em vários de seus dispositivos sobre a importância da família para o desenvolvimento da criança. Assim, já em seu preâmbulo se reconhece que:

[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.
(...)

⁹¹ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 102.

⁹² **Declaração dos Direitos da Criança**, ONU, 1959.

⁹³ Princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança, 1959, Organização das Nações Unidas.

[...] a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.⁹⁴

Frente aos avanços estabelecidos pelas Convenções Internacionais, vários princípios e diretrizes foram incorporados nas Constituições e Legislações da maioria dos países. Em se tratando do plano de direito interno, alinhada às Convenções Internacionais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 226, que “*a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado*”, o que corresponde ao preceito fundamental de que a família é a célula-mãe da sociedade, independente de seu arranjo.⁹⁵

O artigo 227 assegura para a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar⁹⁶, impondo aos pais o “*dever de assistir, criar e educar os filhos menores*”.⁹⁷ A novidade do preceito constitucional acentua-se na forma de como esse direito deve ser garantido e protegido, com absoluta prioridade.

Assim, o fato de a criança permanecer em sua família de origem foi erigido a direito fundamental pelo texto constitucional citado. Havendo a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo. Quando o direito é posto nessa condição, significa que ele é a base para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de alguma situação. Nesse caso, o bem jurídico tutelado é o vínculo familiar da criança com a sua família.

A regulamentação do artigo 227 da Constituição Federal deu-se através da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que concretizou, em seu artigo 19, o direito da criança e do adolescente de ter uma família, ao dispor que:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias

⁹⁴ Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

⁹⁵ Constituição Federal. Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁹⁶ Constituição Federal. Art. 227- É *dever da família*, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *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)

⁹⁷ Constituição Federal. Art. 227- Os **pais** têm o dever de *assistir, criar e educar os filhos menores...* (grifo nosso)

entorpecentes.⁹⁸

Pela compreensão de Paulo Lôbo, a convivência familiar deve ser entendida como:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁹⁹

A família é compreendida como um ambiente de paz e segurança onde se efetivam os direitos de todas as crianças, o artigo 19 do ECA ainda ressalva a importância de que este ambiente seja sadio e livre da presença de pessoas que sofrem de dependência química. Segundo Roberto João Elias:

Aspecto interessante e oportuno é o que se refere a ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Isso, a nosso ver, pode levar à mudança de guarda, e também, à destituição do poder familiar, e que esta seja adequada a lhe proporcionar condições de um desenvolvimento sadio, o que certamente não acontece em locais onde há pessoas viciadas.¹⁰⁰

Em complemento ao disposto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 25 do mesmo diploma dispõe que a família natural é “*a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*”. Já o seu parágrafo único, define como família extensa “*aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.*”¹⁰¹

A nova Lei de Adoção (Lei 12.010/09), que alterou o ECA colaborou para garantir a atualização do Cadastro Nacional de Adoção, implantado pelo Conselho Nacional de Justiça, já que a lei prevê que os tribunais atualizem os dados disponibilizados pelas Varas da Infância e Juventude de todo o país.

O novo diploma garantiu direitos fundamentais às crianças e adolescentes no Brasil porque avigorou a necessidade da preparação psicológica dos adotantes; firmou o conceito de

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹⁹ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p.74 .

¹⁰⁰ ELIAS, Roberto João. *op. cit.* p. 32.

¹⁰¹ BRASIL. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

família extensa ou ampliada, estabeleceu a idade mínima de 18 anos para adotar, independentemente do estado civil e que os irmãos não mais possam ser separados, devendo ser adotados pela mesma família, e estabeleceu como medida protetiva a figura do acolhimento familiar com preferência ao acolhimento institucional, incentivando a adoção de crianças mais velhas.

O direito à convivência familiar não se esgota na família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a compreensão da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós, com os tios, primos todos integrando um grande ambiente familiar solidário.

É evidente que a prevalência desse direito pertence à família natural. Somente quando houver total impossibilidade de continuidade é que a criança ou o adolescente deve ser posto em família substituta. De modo que, o entendimento acerca da família extensa, anotado no parágrafo único do artigo 25 do ECA nos induz a compreender que a ela é dada a preferência nesses casos.

Dessa forma, a manutenção do menor em sua própria família acompanha a ordem natural do desenvolvimento do homem, que, desde criança, aprende a repartir, com os demais membros do grupo familiar, seus problemas, suas angústias, seus medos, suas alegrias e seus sucessos.

Toda criança tem o direito de crescer em uma família. Se esta premissa não constasse em Convenções Internacionais ou nas leis internas dos países, nem por isso deveria deixar de ser observada. Em outras palavras, a convivência em uma família é direito natural da criança e do adolescente e, espontaneamente é respaldada por sua intrínseca relação entre seus componentes.

3 DA POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM A FAMÍLIA NATURAL

3.1 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Viver em família é o natural, o lógico, a regra. Viver fora ou separado da família é a exceção. Entretanto, a ordem jurídica contemplou a colocação em família substituta, como degrau seguinte na escala de valores estabelecidos pela nova sistemática legal. Instituiu, sob o mesmo fundamento constitucional, o direito à convivência familiar e comunitária em família substituta.

Excepcionalmente, tal medida será adotada, quando uma criança ou adolescente não puder continuar a manter os vínculos com sua família natural. Seja pela inexistência desta, ou em consequência de violação severa dos deveres inerentes ao poder familiar, nos termos do Código Civil¹⁰² e do ECA.¹⁰³

Nos casos em que não seja recomendável outra medida protetiva a fim de restaurar e recuperar o núcleo familiar de origem, a criança ou o adolescente deve ser posto em família substituta. Porém, cumpre ressaltar que as medidas que visem à reintegração e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários devem ser preferidas (art. 100 c/c art. 19, §3º ECA).

Para tanto, diante da situação de fato a demonstrar que tal medida é a mais apropriada, a família substituta ampliada figura como a mais adequada para acolher a criança ou o adolescente havendo tal previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰⁴ Como assevera Neidemar José Fachinetti :

O ordenamento jurídico estabelece microescala valorativa, priorizando a família biológica ampliada, decorrente de vínculos sanguíneos maternos ou paternos, como a formada pelos parentes da criança (avós, irmãos, tios, etc), como forma de manter os vínculos hereditários, afetivos e sociais que a criança já tem, objetivando reduzir os traumas que o afastamento dos genitores sempre gera (Art. 28, § 2º do ECA).¹⁰⁵

¹⁰² Art. 1.638 do Código Civil: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I- castigar imoderadamente o filho;

II- deixar o filho em abandono;

III- praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁰³ Art. 22 do ECA: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹⁰⁴ Art. 28 do ECA: § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

¹⁰⁵ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 66.

O legislador estabeleceu uma escala de prioridade entre a família natural e a família substituta, na aplicação prática do preceito fundamental da convivência familiar. Significa afirmar que a criança tem o direito de crescer dentro de sua família biológica, assim compreendida como sendo aquela constituída por pelo menos um de seus pais e filhos. Quando isso não é possível, portanto, em casos excepcionais, tem o direito à convivência familiar assegurada por meio de família substituta, que, por exclusão, é aquela, formada por outras pessoas que não os seus genitores ou pelo menos um deles.

O parágrafo único do artigo 25 do ECA¹⁰⁶, deixa claro que a colocação de criança e adolescente em família extensa ou ampliada só tem preferência sobre outras medidas quando atender aos reais interesses do menor. Estabelecendo como requisitos objetivos: o parentesco próximo, a convivência e os vínculos de afetividade e afinidade.

Além disso, na perspectiva prática, para que os parentes próximos, com os quais a criança convive e mantém laços de afetividade e afinidade, também estes precisam regularizar a situação por meio de guarda, de tutela ou até mesmo por meio da adoção, que são as formas típicas de inserção da criança e do adolescente no seio da família substituta, nos termos do que estabelece o caput do artigo 28 do ECA.¹⁰⁷

Sem dúvida, a colocação de criança ou adolescente em família substituta extensa, somente pode ser entendida como um meio de integração com a família natural. Compreender de outra forma esse instituto seria colocar a exceção no lugar da regra, numa demonstração de desrespeito à ordem de preferência estabelecida pela lei.

Como segunda opção deve-se buscar a família substituta não consanguínea, aquela que não mantém com a criança ou adolescente nenhum grau de parentesco, vínculo afetivo ou de afinidade. Esta alternativa assume maior grau de excepcionalidade em comparação a família biológica ampliada, visto que haverá um rompimento mais definitivo com a história de vida da criança, de forma que, os riscos de traumas em decorrência do afastamento do convívio com os pais e a família extensa são maiores.

Existe ainda, na esteira das medidas de substituição familiar aquela que se faz por família estrangeira, de modo que figura com ainda maior excepcionalidade, já que além da ruptura dos vínculos familiares, haverá também a relacionada com o meio social, cultural e

¹⁰⁶ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por **família extensa** ou ampliada **aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.** (grifo nosso)

¹⁰⁷ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

linguístico.

Quando da colocação de uma criança ou adolescente em família substituta devem ser obedecidos os seguintes princípios:

- a) A oitiva da criança e do adolescente, sempre que possível e com consideração de sua opinião. Trata-se da aplicação do direito à liberdade, consagrado no artigo 16, II do ECA, sendo que é obrigatório quando se tratar de adoção de adolescente. Por interferir diretamente em sua vida, a criança e o adolescente devem ser ouvidos a respeito da família substituta pretendente, sempre que possível (ECA, art. 28, § 1º);
- b) Observação do grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade entre a criança ou o adolescente e os requerentes do pedido de colocação em família substituta, com o objetivo de minorar as consequências da medida (ECA, art. 28, § 3º);
- c) A família deve oferecer ambiente familiar adequado, devendo ainda o interessado não apresentar qualquer incompatibilidade com a medida (ECA, art. 29).

Nesse sentido ensina Neidemar José Fachinetto que:

Diante da definitiva ruptura, impõe-se, além da estrita observância das disposições legais (art. 227, § 5º, da CF, e arts. 31 e 46 § 2º, do ECA), acurada análise das reais vantagens (art. 43 do ECA) que a medida poderá trazer à criança ou ao adolescente, não se resumindo às questões econômicas e sociais – em regras que mais despertam a atenção e fascinação – mas sim quanto à possibilidade de enfrentamento dos traumas decorrentes das rupturas que serão verificadas de imediato na vida do adotando, prolongadas por longo período.¹⁰⁸

Vale observar no que se refere à colocação em família substituta, especialmente, pelo instituto da adoção;¹⁰⁹ que deve haver enorme cuidado para que a busca de efetivação do direito fundamental da criança à convivência familiar, não se torne instrumento de satisfação para uma família que deseja adotar. Nas palavras de Becker, citada por Neidemar José Fachinetto como consequência desse movimento, percebe-se o crescimento “*da pressão no sentido de facilitar a ruptura dos vínculos familiares das crianças pobres, em detrimento da promoção de medidas mais eficazes para preservá-los e fortalece-los*”.¹¹⁰

Desta forma, apenas depois de exauridas todas as possibilidades de manutenção dos vínculos familiares biológicos, desde que se mostre favorável a criança e ao adolescente, é que se deve optar pela colocação em família substituta, preferindo-se aquela em que seja possível a manutenção dos laços sanguíneos, de afinidade e afetividade.

¹⁰⁸ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 67.

¹⁰⁹ A adoção é regulada pelo ECA, Subseção IV (arts. 39 a 52).

¹¹⁰ BECKER, Maria Josefina *apud* FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 68.

Está previsto no ECA que toda criança e adolescente tem o direito de ser criado pelos pais biológicos, sob pena de transgressão do direito à convivência familiar e, apenas quando esses infringirem seriamente os deveres essenciais do poder familiar é que se deve consentir a sua retirada da família natural.

A família substituta figura, portanto, para, supletivamente, exercer as funções da família natural e, principalmente, para impedir a institucionalização de crianças e adolescentes em condição de risco pessoal e social. Deve, pois, a família substituta, representar para a criança e o adolescente a melhor alternativa para sua proteção e desenvolvimento se comparada à colocação desta, em instituição de acolhimento.

3.2 DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL COMO MEDIDA EXCEPCIONAL E BREVE

Apesar da modificação de muitas práticas, impulsionadas pelas Convenções Internacionais e da adequação da legislação ao paradigma da proteção integral, infelizmente, ainda resiste a prática do acolhimento institucional, ação meramente assistencialista.

Pela lição de Neidemar José Fachinetto deve ser entendida como:

Medida de proteção aplicável excepcionalmente diante de grave ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, consistente no acolhimento temporário em unidade de atendimento, em turno integral, como forma de transição para o retorno à família natural ou para a colocação em família substituta.¹¹¹

A institucionalização, ainda que com novas exterioridades jurídicas, como a que se estabeleceu com a lei da adoção, permanece como a solução mais fácil para o abandono, violência, negligência e ainda, muitas vezes para a pobreza, a miséria de milhares de crianças e adolescentes brasileiros.

A unidade de acolhimento está distante da realidade de uma família. Não pode ser nivelada a unidade familiar, pelo menos no plano afetivo, notadamente, quando acolhe grande número de crianças, com a constante alteração de seus membros, impedindo que se formem vínculos afetivos, pois muitas vezes a passagem de algumas crianças é breve e de determinados cuidadores também. Isso acaba gerando mais uma ruptura emocional para a criança ou adolescente, que muitas vezes já carece de vínculos familiares.

É evidente que o acolhimento institucional infringe o princípio constitucional¹¹² do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, à medida que a retira de sua família

¹¹¹ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 72.

¹¹² Art. 227, CF.

e a coloca numa instituição, o que pode ser absolutamente necessário, em razão da violação de outros direitos.

Como já visto, a presença da família na vida da criança e do adolescente é de fundamental importância para o desenvolvimento emocional, educacional, para moldar a personalidade e o caráter desses indivíduos em desenvolvimento. Logo, o afastamento desse convívio pode acarretar enormes prejuízos na conclusão desse processo, como bem defende Neidemar José Fachinetto:

O afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar traz nefastas consequências para o desenvolvimento neuro-físico-psicológico, além de dificultar a capacitação individual e subjetiva à vida em família e em comunidade. Tal quadro se agrava quando, como solução para este afastamento, a criança ou o adolescente são abrigados em instituições que, sob o fiel pretexto de protegê-los, na prática, acabam os afastando do convívio familiar e comunitário.¹¹³

Para enfrentar essa questão, inspirada na teoria da proteção integral, a normativa nacional vigente incorporou rigorosas restrições ao emprego dessa alternativa de atendimento às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade pessoal, ou social, em conformidade com as regras estabelecidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (arts. 9º e 20).¹¹⁴

Está previsto no ECA de modo expresso que a institucionalização de crianças e adolescentes tem o caráter excepcional e temporário, nos moldes esculpidos no art. 101, § 1º, *in verbis*:

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas **provisórias e excepcionais**, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.¹¹⁵ (grifo nosso).

Apesar dessa realidade legislativa que resolve a medida protetiva como excepcional e provisória, a história do acolhimento institucional no Brasil, comprova que esses princípios ainda não se transformaram em realidade. Diante disso, oportunas são as observações de

¹¹³ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 70.

¹¹⁴ Art. 9º Resumo: Separação dos pais – Direito da criança de viver com seus pais a não ser quando incompatíveis com seus melhores interesses, o direito de manter contato com ambos os pais caso seja separada de um ou de ambos e as obrigações do Estado nos casos em que tal separação resulta em ação do Estado. Artigo 20 Resumo: Proteção das Crianças sem família – A obrigação do Estado de prover proteção especial às crianças desprovidas do seu ambiente familiar e assegurar ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição apropriada, sempre considerando o ambiente cultural da criança.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Roberto João Elias, que ressalta:

Sendo o habitat natural do ser humano, por força do status família, a cada criança e adolescente deve ser dado o direito de crescer numa família. Por isso, deve se evitar a colocação em abrigo que, quando necessária, deve ser o **mais breve possível**.¹¹⁶ (grifo nosso)

Embora o legislador tenha instituído o prazo de permanência da criança e do adolescente em instituições de acolhimento em dois anos¹¹⁷, estabelecido a reavaliação judicial do acolhimento a cada seis meses¹¹⁸, e fixado prazo de 120 dias para a conclusão do processo de destituição ou suspensão do poder familiar¹¹⁹, ainda assim não foram satisfatórios para a transformação da realidade, visto que a criança deveria ser reintegrada à família ou encaminhada à adoção dentro deste prazo.

Sergio Luiz Kreuz ainda faz interessante observação acerca das consequências da morosidade dos procedimentos judiciais e administrativos na vida do menor abrigado, que afastam ainda mais as possibilidades de uma realidade de convivência familiar.

Assim, milhares de crianças e adolescentes permanecem em unidades de acolhimento, aguardando uma solução: o retorno à família biológica ou, quem sabe, a uma família substituta. À medida que o tempo passa as chances de voltar a ter uma família vão diminuindo. Os mais velhos, raramente são adotados e as chances de retorno para a família de origem também vão sendo reduzidas, pela deterioração dos vínculos afetivos.¹²⁰

O ECA, ainda implantou princípios que deveriam ser seguidos pelas entidades de atendimento que executam programas de abrigo, os quais estão previstos em seu artigo 92.¹²¹

¹¹⁶ ELIAS, Roberto João. *op. cit.* p. 32.

¹¹⁷ ECA. Artigo 19, § 2º. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de **2 (dois) anos**, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (grifo nosso)

¹¹⁸ ECA. Artigo 19, § 1º. Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada **6 (seis) meses**, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (grifo nosso)

¹¹⁹ ECA. Artigo 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de **120 (cento e vinte) dias**. (grifo nosso)

¹²⁰ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 82.

¹²¹ Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V - não desmembramento de grupos de irmãos;

Destes, merecem destaque a ênfase dada à preservação dos vínculos familiares, se existentes, e integração em família substituta, se esgotados os recursos para o retorno à família de origem. Acerca da manutenção de vínculos, Sergio Luiz Kreuz nos ensina:

O acolhimento institucional, quando realmente necessário, deve acontecer em local próximo à residência dos pais, com o objetivo de facilitar o acesso, a manutenção dos vínculos, quando recomendado, bem como a aplicação de medidas de auxílio para a promoção da família. Além da manutenção e do fortalecimento dos vínculos familiares, é preciso buscar formas de superação, para que a família possa cumprir o seu papel de assistir os filhos.¹²²

Somente num contexto em que a medida protetiva de abrigo estiver implantada nas políticas públicas de modo a ser um recurso utilizável exclusivamente em circunstância de extrema necessidade, depois de esgotadas as alternativas de colocação em uma família substituta (ampliada ou não) é que os princípios estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente serão protegidos.

É necessário, portanto, encontrar, urgentemente alternativas que possam substituir o ultrapassado padrão do acolhimento institucional, de demonstrada ineficácia ou, pelo menos, limitar os acolhimentos institucionais a situações realmente excepcionais e provisórias.

3.3 GARANTIAS TRAZIDAS PELO PLANO NACIONAL DE PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Inserida na medida protetiva, conforme o estabelecido pelo ECA¹²³, a criança ou adolescente permanecerá em condição de abrigamento, podendo ser acolhida por uma instituição, sob guarda de pessoa da própria família extensa (avós, tios) ou de outra família substituta, como observou-se anteriormente.

Esta situação deve ser provisória, podendo a criança ou adolescente ser reintegrado à família de origem, assim que for superada a conjuntura que motivou o afastamento. Transcorrido algum tempo do abrigamento e após a realização de estudo pela equipe técnica

VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

VII - participação na vida da comunidade local;

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

¹²² KREUZ, Sergio Luiz. *op. cit.* p. 95.

¹²³ Estatuto da Criança e do Adolescente. **Título II – Das Medidas de Proteção.**

do Judiciário, poderá ser estabelecida, pelo juiz da Vara da Infância, a suspensão do poder familiar ou a destituição do poder familiar.

O mais atual documento legal, aprovado em dezembro de 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, regulamenta a garantia de direitos já proclamados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, observa Neidemar José Fachineto acerca das funções e da importância do citado Plano Nacional para a melhoria das políticas públicas de proteção a criança e ao adolescente em situação de fragilidade em seus vínculos familiares:

Pode-se destacar que, do ponto de vista estrutural, o Plano Nacional, ao estabelecer metas (ou diretrizes), fixar o alcance de seus objetivos (ou propósitos), bem como ao trazer, intrinsecamente, a definição das responsabilidades das instituições e entes governamentais que devem atuar para a sua consecução, revela-se apto em se constituir em um dos instrumentos para a estruturação das políticas públicas na área da infância e juventude no Brasil.¹²⁴

Suas ações são focadas para quatro eixos básicos:

- a) Análise da Situação e Sistemas de informações;
- b) Atendimento;
- c) Marcos normativos e regulatórios;
- d) Mobilização, articulação e participação.

Esses eixos devem ser desenvolvidos entre os governos Federal, Estadual, Municipal e Institutos da sociedade civil. Logo, os serviços sociais de assistência à criança e adolescente, em particular aqueles que estão com os vínculos familiares fragilizados, devem avaliar os direitos fundamentais promulgados na ordem jurídica brasileira, garantindo, assim, um convívio familiar com dignidade a todas as crianças e adolescentes.

Considerando a dimensão da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, é preciso recordar que a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2003, aponta um número de vinte mil crianças abrigadas em 589 (quinhentos e oitenta e nove) instituições de abrigo no Brasil.¹²⁵ É importante ponderar que os números alusivos às medidas protetivas estão sempre exigindo atualização, visto que a entrada e saída de crianças nos abrigos também ocorrem diariamente.

¹²⁴ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 91.

¹²⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília, DF, 2006. p.74.

Contextualizando esses dados, figura o levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes, que na obra de Enid Rocha Andrade da Silva e Simone Gueressi Mello completa esses dados:

Com o propósito de situar o tema em nível nacional, segundo os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Abrigos, diferentemente do que supõe o senso comum, 87,6% de crianças que se encontram nos abrigos tem família, sendo que, destes, 58,2% mantêm algum vínculo com seus familiares, isto é, embora estejam afastados da convivência familiar diária, eles visitam ou recebem visitas de seus familiares. Já o restante (29,4%) não tem família conhecida ou estas constam como desaparecidas, não mantendo, portanto, qualquer vínculo afetivo estreito com eles. A agravar esse quadro, constatou-se, ainda, que o principal motivo para o abrigamento está ligado à carência econômica das famílias, com 24,1%.¹²⁶

No capítulo II do ECA, que versa sobre o trabalho das Entidades de Atendimento, em seus artigos 90 a 94-A¹²⁷ e no artigo 100¹²⁸, há nitidez acerca das responsabilidades das

¹²⁶ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Gueressi de. **Contextualizando o Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 59-61.

¹²⁷ Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I- orientação e apoio sócio-familiar;
- II- apoio sócio-educativo em meio aberto;
- III- colocação familiar;
- IV- acolhimento institucional;
- V- prestação de serviços à comunidade;
- VI- liberdade assistida;
- VII- semiliberdade; e
- VIII- internação.

§ 1º As entidades governamentais e não governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

§ 2º Os recursos destinados à implementação e manutenção dos programas relacionados neste artigo serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, dentre outros, observando-se o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente preconizado pelo caput do art. 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4º desta Lei.

§ 3º Os programas em execução serão reavaliados pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, no máximo, a cada 2 (dois) anos, constituindo-se critérios para renovação da autorização de funcionamento:

- I- o efetivo respeito às regras e princípios desta Lei, bem como às resoluções relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis;
- II- a qualidade e eficiência do trabalho desenvolvido, atestadas pelo Conselho Tutelar, pelo Ministério Público e pela Justiça da Infância e da Juventude;
- III- em se tratando de programas de acolhimento institucional ou familiar, serão considerados os índices de sucesso na reintegração familiar ou de adaptação à família substituta, conforme o caso.

Art. 91. As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.

§ 1º Será negado o registro à entidade que:

- a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;
- b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei;
- c) esteja irregularmente constituída;

d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas.

e) não se adequar ou deixar de cumprir as resoluções e deliberações relativas à modalidade de atendimento prestado expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis.

§ 2º O registro terá validade máxima de 4 (quatro) anos, cabendo ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, periodicamente, reavaliar o cabimento de sua renovação, observado o disposto no § 1º deste artigo.

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

I- preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;

II- integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;

III- atendimento personalizado e em pequenos grupos;

IV- desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;

V- não desmembramento de grupos de irmãos;

VI- evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

VII- participação na vida da comunidade local;

VIII- preparação gradativa para o desligamento;

IX- participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

§ 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Os dirigentes de entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada 6 (seis) meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família, para fins da reavaliação prevista no § 1º do art. 19 desta Lei.

§ 3º Os entes federados, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão conjuntamente a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional e destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar.

§ 4º Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, em cumprimento ao disposto nos incisos I e VIII do caput deste artigo.

§ 5º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional somente poderão receber recursos públicos se comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades desta Lei.

§ 6º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhimento familiar ou institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade.

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público e se necessário com o apoio do Conselho Tutelar local, tomará as medidas necessárias para promover a imediata reintegração familiar da criança ou do adolescente ou, se por qualquer razão não for isso possível ou recomendável, para seu encaminhamento a programa de acolhimento familiar, institucional ou a família substituta, observado o disposto no § 2º do art. 101 desta Lei.

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

I- observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II- não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III- oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

IV- preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

V- diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI- comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

VII- oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;

VIII- oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;

IX- oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;

X- propiciar escolarização e profissionalização;

XI- propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;

- XII- propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
- XIII- proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XIV- reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
- XV- informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
- XVI- comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;
- XVII- fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;
- XVIII- manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;
- XIX- providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
- XX- manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar.

§ 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

Art. 94-A. As entidades, públicas ou privadas, que abriguem ou recepcionem crianças e adolescentes, ainda que em caráter temporário, devem ter, em seus quadros, profissionais capacitados a reconhecer e reportar ao Conselho Tutelar suspeitas ou ocorrências de maus-tratos.

¹²⁸ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas

- I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;
- II- proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;
- III- responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;
- IV- interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;
- V- privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;
- VI- intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida
- VII- intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;
- VIII- proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;
- IX- responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;
- X- prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;
- XI- obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;
- XII- oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

organizações e de seus dirigentes, no intento de assegurar que sejam respeitados todos os direitos da criança e, sobretudo, da tarefa de desenvolver ações para a preservação dos vínculos familiares.

Ressalta-se que a instituição não deve funcionar oferecendo todos os serviços em seu interior e, ao mesmo tempo, conservar as crianças e adolescentes isolados. Como titulares de direitos devem continuar integrados ao atendimento de saúde, cultura, educação, nos aparelhos da comunidade, abrangendo projetos de dança, teatro, esporte, lazer, profissionalização e outros que frequentem ou tenham necessidade. Destaca-se também que sejam envidados todos os esforços para manter juntos os grupos de irmãos.¹²⁹

O serviço de acolhimento pode ser, então, oferecido pelas instituições (casas-lares, abrigos, orfanatos) e pelas *famílias acolhedoras*. Deve ser assegurado que a criança receba os cuidados necessários e as condições adequadas para o desenvolvimento saudável; além disso, precisam ser também investidos esforços e recursos, para viabilizar a reintegração à família de origem, dentro do menor tempo possível.

Para a adoção da medida de afastamento dessa criança ou adolescente, o juiz da Vara da Infância deverá se apoiar na equipe técnica, através de trabalhos e relatórios com diagnóstico minucioso de cada caso. Para a preparação desse estudo, é aconselhado que a equipe interdisciplinar ouça a criança ou adolescente, usando metodologia adequada ao seu grau de desenvolvimento e competências.

O ECA institui ainda uma série de exigências para o acolhimento institucional, previstas nos artigos 92, complementados pelos artigos 90, 91, 93 e 94. E o artigo 101 também cuida das medidas especiais de proteção, abrangendo, a frequência obrigatória à escola, tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, quando necessário, até a inserção de familiares em tratamento para curar a dependência química.

Para a concretização do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar, o Plano Nacional constitui as seguintes diretrizes: centralidade da família nas políticas públicas; primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à equidade de gênero e às particularidades das condições físicas, sensoriais e mentais; fortalecimento da autonomia do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto

¹²⁹ Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

V - **não desmembramento** de grupos de **irmãos** (grifo nosso)

de vida; garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade nos programas de famílias acolhedoras e de acolhimento institucional de crianças e de adolescentes; reordenamento dos programas de acolhimento institucional; adoção centrada no interesse da criança e do adolescente; controle social das políticas públicas.

No mesmo sentido, aponta Neidemar José Fachinetto que:

O Plano Nacional, ao focar a questão da institucionalização sob a ótica da necessidade e observância das suas características marcantes (excepcionalidade, provisoriedade e instrumentalidade), estabeleceu a prioridade na busca de alternativas para evitar o abrigo desnecessário e prolongado, apontando o reordenamento institucional e o acolhimento familiar como capazes de minorar tal situação.¹³⁰

Desta forma, fica evidente que o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária deve convergir todos os seus esforços para garantir a manutenção da criança ou adolescente na instituição pelo menor tempo possível, de forma que sejam efetivadas ações e esforços para que ocorra a reintegração dos vínculos familiares com sua família de origem, bem como a busca de alternativas satisfatórias para a efetivação do direito à convivência familiar, quando não for possível reestabelecer os vínculos com a família original.

3.4 ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR

Conforme definição encontrada no dicionário Michaelis, a expressão “manutenção”¹³¹ denota ato ou efeito de manter. Consequentemente, o que nos importa aqui, é manter a criança ou o adolescente na convivência de sua família, por essa razão empregaremos a expressão “manutenção do vínculo familiar”.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária foi um enorme passo dado na direção da garantia dos direitos infanto-juvenis no Brasil. Todavia, cabe aos operadores do Direito, aos profissionais, aos gestores que atuam na formulação e execução das políticas públicas e toda a sociedade, canalizar os esforços para que essa regulamentação se transforme em ações cotidianas. É indispensável grande esforço e articulação das políticas públicas.

¹³⁰ FACHINETTO, Neidemar José. *op. cit.* p. 105.

¹³¹ **Manutenção.** Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=manuten%E7%E3o>> Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

Desta forma, observa Sergio Luiz Kreuz acerca da responsabilidade dos municípios na organização das políticas públicas que garantam a convivência familiar:

É fundamental, pois que cada Município estruture a sua política de garantia do direito à convivência familiar, que não é mais uma responsabilidade do Judiciário ou do Ministério Público, nem do Conselho Tutelar, mas do Executivo, de forma solidária, nas três esferas de governo. Não compete mais, como na sistemática anterior (Código de Menores), ao Judiciário a elaboração e execução de programas, mas cabe ao Executivo desenvolver projetos destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes.¹³²

A legislação brasileira prevê que toda criança e adolescente tem direito a uma família, cujos vínculos devem ser resguardados pelo Estado e pela sociedade. Diante da vulnerabilidade social, da fragilização familiar, as políticas de apoio e atendimento à família devem priorizar ações que tendam a reconstruir os vínculos originais, fortalecer esse núcleo, congregando apoio socioeconômico à elaboração de novas maneiras de interação e de acesso aos bens e serviços públicos.

É nessa perspectiva que Sergio Luiz Kreuz defende a existência de uma rede de proteção a família. De forma que, possa ser garantida a reestruturação da família através da satisfação de suas necessidades básicas. Desta forma o autor ressalta que:

O segredo na efetivação dos direitos da criança e do adolescente começa pela organização, pela implementação e articulação de uma rede de atendimento à família, à criança e ao adolescente, principalmente no âmbito dos Municípios.

(...)

Esse programa deve organizar, articular, mobilizar, serviços públicos como os de habitação, segurança alimentar, trabalho, geração de renda, escolarização, orientação familiar (em especial aos pais para o exercício das funções parentais), serviços de orientação para o fortalecimento dos vínculos, saúde, orientação jurídica, entre outros.¹³³

(...)

As unidades de acolhimento fazem parte desta rede de atendimento, de promoção e de defesa dos direitos fundamentais, de modo que, com a nova sistemática, têm, inclusive, o dever de, imediatamente após o acolhimento, elaborar o plano individual de atendimento, com vistas à reintegração na família biológica ou substituta. Para que tal projeto seja viável, em curto espaço de tempo, necessita dispor de uma rede de serviços públicos ou privados para atender a família, a criança e o adolescente.¹³⁴

Organizar as ações das políticas sociais e dos demais operadores do sistema de garantia de direitos com a sociedade civil é uma maneira de ultrapassar os obstáculos, de promover a reorganização dos programas de acolhimento, visando cumprir seu caráter de

¹³² KREUZ, Sergio Luiz. *op. cit.* p. 107.

¹³³ *Ibidem.* p. 113 *et seq.*

¹³⁴ KREUZ, Sergio Luiz. *op. cit.* p. 115.

excepcionalidade e provisoriedade, o investimento na reintegração à família, a manutenção do vínculo, a constante comunicação com a Justiça da Infância e a articulação com a rede de serviços.

Outra providência que deverá ser tomada pela equipe técnica em caso de abrigamento da criança ou adolescente será a sua permanência em local mais próximo a sua residência, a fim de atender melhor às suas peculiaridades, dar continuidade à formação na mesma escola que vinha frequentando e aos serviços comunitários aos quais seja participante, sempre no intento da manutenção dos vínculos.

A Carta Magna de 1988 prevê em seu artigo 203¹³⁵ que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar no intento de proteger à família. Isto posto, a equipe de assistência social e psicológica deverá direcionar o trabalho de reestruturação dessas famílias no sentido de que elas compreendam as causas que motivaram o abrigamento da criança ou adolescente, as aceite, para que posteriormente sejam trabalhadas todas as dificuldades daquele contexto familiar.

É de extrema importância que a assistência social trabalhe com a família sobre a relevância da convivência familiar, as responsabilidades sobrevindas da paternidade/maternidade, atitudes para relacionamentos saudáveis; os cuidados com a criança para o desenvolvimento integral; a maneira de encontrar as potencialidades que existem nessa família e superar a situação difícil; a adoção de novos comportamentos dentro da família que respeitem e valorizem os direitos das crianças, fazendo com que este conjunto de ações possa levar à reintegração familiar.

Sobre o aparato que será necessário à família para que ela consiga manter o vínculo familiar com a criança ou adolescente que foi colocado em abrigamento, salienta Roberto João Elias que: *“Sempre que possível deve-se manter ou reintegrar a criança ou adolescente à sua família biológica. À família deve ser dado todo apoio necessário, conforme previsto no ECA.”*¹³⁶

No rol das alternativas que possibilitem a manutenção do vínculo familiar, é preciso incluir também um programa que vise preparar as famílias selecionadas para o acolhimento de crianças e adolescentes no modelo de *“família acolhedora”*, abordando os aspectos atinentes à operacionalização jurídico-administrativa do programa, fases do desenvolvimento da criança,

¹³⁵ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - **a proteção à família**, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (grifo nosso)

¹³⁶ ELIAS, Roberto João. *op. cit.* p. 33.

direitos da criança ou adolescente, novas organizações familiares, o modo de lidar com fragilidades e conflitos, estabelecimento de limites, resgate da autoestima.

A função das famílias que acolhem essa criança ou adolescente, em caráter de provisoriedade, será fator decisivo no fortalecimento dos vínculos com família natural e na reintegração da criança com a mesma, de modo que, essa convivência, mesmo que não seja com a sua família de origem terá importância determinante no resgate da sua confiança com a mesma.

Contando com as observações de Sergio Luiz Kreuz sobre a função da família acolhedora, vê-se que:

O programa, além de selecionar as famílias, prepará-las, também tem a atribuição de monitorá-las, acompanha-las, auxiliando-as, no sentido de que as crianças tenham assegurados os seus direitos fundamentais, inclusive, quando recomendado o **fortalecimento dos vínculos com a família biológica**, a preservação de sua história de vida, bem como articular a rede, para que, o mais breve possível, a criança possa ser reinserida na família de origem.¹³⁷ (grifo nosso)

Outra alternativa plenamente válida, na busca da manutenção do vínculo da criança ou do adolescente com sua família natural será a colocação junto a sua família extensa (avós, tios), visto que esta opção servirá como uma ponte entre o menor e sua família natural, no resgate da aproximação e da restauração dos vínculos familiares, de forma que seriam desnecessárias maiores explicações, visto que este tema já foi discorrido em tópico específico.

Nesse sentido, esta simples contribuição remete para a importância da reflexão séria, mas, sobretudo, para a transformação da compreensão que hoje norteia a sociedade na forma de olhar e conceber essa célula chamada família. O que é recorrente na sociedade é a célere decisão de afastar a criança da pobreza, abandono ou violência para espaços que assegurem melhorias físicas, compreendendo, por exemplo, cama, cobertor, todas as refeições e, se for possível, que continue frequentando a escola.

É raro que se esteja atento ao que é imprescindível a todo ser humano: afeto, confiança, proteção, segurança, amor, tudo aquilo que efetivamente assegura-lhe autoestima, convivência saudável, equilíbrio e coragem para superar os obstáculos e desafios da vida. Privilegia-se o estado material, em detrimento do emocional, do social e do espiritual. Assim, entende-se que o mais importante para o infante seria garantir a manutenção do vínculo familiar, através da assistência social a família por meio de programas de assistência e reestruturação formal por uma rede de proteção.

¹³⁷ KREUZ, Sergio Luiz. *op. cit.* p. 133.

3.5 A CONTRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO

Em face das Convenções Internacionais versando sobre os direitos das crianças, e do processo de redemocratização do país, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, incorporaram no Brasil um novo modelo do direito da criança e do adolescente. Também modificaram toda a estrutura da justiça da infância e da juventude, que abandonou sua conotação basicamente assistencialista e paternalista, para se transformar numa justiça empenhada e responsável pela efetivação da nova doutrina, da proteção integral, de promoção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Corroborando esta concepção, ensina Sergio Luiz Kreuz fundamental lição no que se refere ao papel da justiça e do juiz na promoção do direito fundamental à convivência familiar:

A transformação da realidade social envolvendo crianças e adolescentes, em especial, as que se encontram privadas da **convivência familiar**, implica uma tomada de posição, por parte do juiz; depende de uma clara opção preferencial, em favor da criança e do adolescente que, são os destinatários da **proteção integral e da prioridade absoluta**. Não se pode falar em neutralidade da jurisdição, quando se trata de direito da criança ou do adolescente, já que a Constituição Federal fez esta opção prioritária por eles.¹³⁸ (grifo nosso)

(...)

A Jurisdição faz parte do Estado, é meio de inclusão social, é instrumento de emancipação, e, portanto, está inserida na busca dos fins do Estado, que, no caso, é o de **garantir à criança e ao adolescente o direito fundamental da convivência familiar**.¹³⁹ (grifo nosso)

Em se tratando de determinações judiciais que preferem manter o vínculo familiar, apresenta-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. A convivência familiar em um ambiente sadio é direito fundamental das crianças e adolescentes e, como tal, deve ter tratamento prioritário e adequado pelo nosso ordenamento jurídico, sopesando a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos e a proteção da dignidade da pessoa em estado de desenvolvimento. No entanto, a destituição definitiva do poder familiar mostra-se medida demasiadamente rigorosa ao caso. Logo, o melhor é que a infante permaneça sob a guarda dos avós até que os pais apresentem condições plenas ao exercício do acolhimento da filha no seu lar. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível N° 70022182372, Oitava

¹³⁸ KREUZ, Sergio Luiz. *op. cit.* p. 159.

¹³⁹ *ibidem*, p.161.

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/06/2008)¹⁴⁰

Em seu voto, o desembargador Alzir Felipe Schmitz conservou o poder familiar dos pais, objetivando a manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, contudo, sentenciando que a criança continuasse sob a guarda dos avós até que os pais ofereçam condições plenas ao exercício do poder familiar, ressaltando que a convivência familiar e a proteção da dignidade da pessoa em desenvolvimento são direitos fundamentais das crianças e adolescentes.¹⁴¹

Assim sendo, o Poder Público, por meio do Conselho Tutelar e da Assistência Social, deve acompanhar a circunstância, dando a família tratamento emergente e adequado, conforme a proteção instituída no artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁴²

Reforçando essa tendência de manutenção dos vínculos familiares destaca-se mais uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MÃE ALCOÓLATRA. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO, A PONTO DE JUSTIFICAR A ADOÇÃO DA MEDIDA DRÁSTICA, NÃO DEMONSTRADOS. VÍNCULO DA PROLE COM A GENITORA NÃO ROMPIDO. REFORMA DA SENTENÇA PARA MANTER APENAS A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. 1) Embora a genitora efetivamente faça uso imoderado de bebidas alcoólicas e resista a tratamento já compulsoriamente determinado, não há fato determinante a justificar a adoção de medida tão drástica, mostrando-se relevante que, mesmo quando a guarda provisória foi desempenhada por uma amiga de infância, a genitora manteve o vínculo com os filhos, visitando-os regularmente. O genitor demonstrou possuir ampla condição material e moral de desempenhar o poder familiar e, com isso, as crianças permanecerão na família natural. 2) Arranjo familiar sugerido na decisão acoimada, destituindo-se apenas a genitora do poder familiar, que se mostra inadequado, pois os pais, embora não estejam mais juntos, mantêm contato, inviabilizando o rompimento definitivo dos vínculos entre mãe biológica e os menores. Reforma da sentença para manter apenas a suspensão do poder familiar, de forma a resguardar o superior interesse das crianças. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

¹⁴⁰ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70022182372**, Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/06/2008.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I- encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II- **orientação, apoio e acompanhamento temporários;**

III- matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV- **inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;**

V- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII- acolhimento institucional;

VIII- inclusão em programa de acolhimento familiar

IX- colocação em família substituta. (grifo nosso)

(Apelação Cível Nº 70047535190, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/04/2012).¹⁴³

Em seu voto, o desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl alega não existir subsídios suficientes para justificar a severa medida de destituição do poder familiar, esclarecendo que “lançar mão do instituto sem moderação, significa, ao cabo, violar esse direito fundamental de toda criança”. Ressalta ainda que a destituição do poder familiar é providência excepcional, pois elimina definitivamente os vínculos familiares e afetivos, devendo assim ser a última *ratio*, pois provoca privação da convivência familiar.

Consequentemente, por não enxergar situação de risco preferiu “não desatar perpetuamente o convívio” e pela consecutiva busca gradativa da restauração dos vínculos parentais uma vez que, do contrário, as crianças não teriam a figura maternal.¹⁴⁴

Referente à matéria em questão, adverte-se ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 101, aponta medidas de proteção que repousam na possibilidade de restabelecer e restaurar os vínculos familiares. Perante isso, a criança e o adolescente têm direito de continuar com a sua família de origem, de preferência a natural, e apenas depois de exauridas todas as alternativas, compor uma família anaparental¹⁴⁵, extensa ou ampliada, pois a criança deve ser mantida em sua família, próxima aos que com ela convivem e que fazem parte da sua realidade.

Sendo assim, se verifica que:

Deve-se buscar alternativas que garantam uma maior assistência aos pais, à família, para que estes possam permanecer com os filhos, suprindo seu desenvolvimento integral, todavia, se todas as alternativas forem insuficientes, a ação de destituição do poder familiar é um mecanismo que possibilitará um novo convívio familiar à criança e adolescente, que se encontram em risco em relação à sua família biológica.¹⁴⁶

A família é concebida como um lugar ideal e, assim, a manutenção do vínculo familiar apresenta-se de forma essencial para o pleno e saudável desenvolvimento da criança e do adolescente, ou seja, é importante para garantir o crescimento físico e socioafetivo,

¹⁴³ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70047535190**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/04/2012.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p.47.

¹⁴⁶ AGUERA, Camila Silva. CAVALLI, Michelle. OLIVEIRA, Juliene Aglio de. **A destituição do poder familiar na perspectiva da família abandonada**. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/SeminarioIntegrado/article/viewFile/891/868>> Acesso em 6 de fevereiro 2015.

proporcionando-lhes o direito de nascer numa família, nela ocupar espaço de filho e ali ser mantido até alcançar a idade de sua independência moral e material.

CONCLUSÃO

As mudanças sociais ocorridas na família foram extremamente significativas no meio social e, por conseguinte, no Direito, promovendo uma reviravolta jurídica. A família, antes considerada rígida, absolutista e subordinada ao patriarca, sem liberdade de seus membros, sem preocupação com a pessoa, passou a ser instrumento de proteção avançada da pessoa humana, idealizada como abrigo, proteção, vez que, seria estruturada na solidariedade, na fraternidade, na igualdade, no afeto e no respeito mútuo.

O Direito de Família buscou se aprimorar para acompanhar essas alterações, através da Constituição Federal de 1988, do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). A Constituição Federal materializou as transformações axiológicas, robustecendo os princípios da proteção integral e absoluta da criança e do adolescente, além da aplicação dos direitos fundamentais, adotando um novo perfil de família e passando a valorizar também o ser humano ao invés de, somente, a instituição familiar pelo fenômeno da repersonalização.

Desta forma, o Direito de família foi necessariamente se adaptando à nova realidade constitucional, para seguir as mudanças sociais, legislativas e os novos modelos de entidades familiares surgidas. Entretanto, é válido ressaltar que os costumes e a jurisprudência também influenciaram essa nova realidade, vez que existem formas de organização de família não abarcadas pela lei, mas existentes de fato na sociedade moderna. Como a família anaparental, pluriparental e paralela.

Assim, os costumes igualmente colaboraram e impulsionaram a decisão do Supremo Tribunal Federal, que legitimou a união homoafetiva e a reconheceu como uma forma de entidade familiar, possibilitando aos seus membros identidade de direitos em relação às outras formas convencionais de família.

Por tudo isto este trabalho chegou, em síntese, às seguintes conclusões:

A família é considerada o ambiente ideal e necessário para a estruturação da pessoa, local de paz e segurança onde se efetivam os direitos de todas as crianças. A orientação familiar tem papel decisivo no pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, pois compete à família educar e preparar a criança para relacionar-se com a sociedade, recebendo desde a primeira infância educação, formação moral e apoio emocional e psicológico.

No que toca, à manutenção do vínculo familiar, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente salvaguardam a proteção da instituição familiar, assim como de seus componentes, garantindo seus direitos e abrigando também seus interesses. Sendo assim, percebe-se que impossibilitada à manutenção da criança ou o adolescente com seus pais, deverá optar pela conservação do vínculo com seus parentes próximos, nascendo daí uma família anaparental, extensa ou ampliada.

Esse entendimento prioriza os laços já existentes, de modo a permanecer a identidade biológica, buscando assim conservar e proteger a família de origem. A colocação de criança ou adolescente em família substituta extensa, somente pode ser entendida como um meio de integração a família natural, visto que, esta alternativa aparece como primeira opção na escala de prioridade quando da colocação do infante em família substituta, desde que haja afinidade e afetividade entre o menor e seus parentes da família extensa.

Perante isso, não só a criança e o adolescente carecem de acompanhamento e medidas que promovam à sua proteção e melhor interesse em caso de manutenção do vínculo familiar, mas igualmente à família deve ser proporcionado atendimento e acompanhamento para que possa ser preservada a família natural, minimizando assim os danos psicológicos e emocionais que possam surgir.

Essa assistência deve ser efetiva e promovida através de ações estatais concretas e permanentes, incorporadas às políticas públicas, contando com a coparticipação da sociedade, assim como dos órgãos de proteção, permitindo manter a criança ou o adolescente no convívio de sua família, primando por um ambiente saudável para seu crescimento e desenvolvimento.

Finalmente, nota-se que este trabalho alcançou seus objetivos. Na análise da matéria, buscou-se evidenciar a viabilidade/possibilidade, através da exibição da manutenção do vínculo familiar na legislação vigente, sem a pretensão de esgotar o tema, o qual merece ser mais estudo e aprofundado com maiores discussões.

Assume-se, aqui, o compromisso de continuar o diálogo desta temática para que maiores contribuições sejam dadas ao mundo acadêmico e a sociedade, pois, constrói-se o conhecimento através da dedicação, da inquietude e com a vontade de fazer mais pelo ser humano, sujeito de deveres e receptor de direitos.

REFERÊNCIAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724: Informação e documentação.** Trabalhos Acadêmicos - Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

A IMPORTÂNCIA da família para os filhos. Disponível em: <<http://mundomulheres.com/a-importancia-da-familia-para-os-filhos/>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

AGUERA, Camila Silva; CAVALLI, Michelle; OLIVEIRA Juliene Aglio de. **A destituição do poder familiar na perspectiva da família abandonada.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/SeminarioIntegrado/article/viewFile/891/868>>. Acesso em 06 de fevereiro 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 que incorpora ao sistema legislativo brasileiro a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 14 de janeiro de 2015.

_____. Decreto-Lei 2.848 (1940). **Código Penal.** Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

_____. **Lei 13.010 (2014).** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

_____. Lei nº. 10.406 (2002). **Código Civil.** Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Brasília, DF, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 11 de janeiro de 2015.

CABRAL, Hideliza L. T. B. **A afetividade como fundamento na parentalidade responsável.** Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caocc/dirFamilia/artigos/01.afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARRION, Fabiane Q. M. **A Intervenção do Estado no Poder Familiar.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/fabiane_carrion.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** Família e Sucessões. v. 5, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **E a família? Vai muito bem, obrigada!** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12e_a_fam%EDlia._vai_muito_bem,_obrigada.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

_____. **Família Pluriparental: uma nova realidade.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15__fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.120.

_____. **Lei da Palmada? Lei Menino Bernardo?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/lei_da_palmada.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

Dicionário de Português Online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=fam%EDlia>>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. v. 5, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHINETTO, Neidemar José. **Direito à convivência familiar e comunitária**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. v. 6, 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Difusos e Coletivos. Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. v. 6, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 6, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: **Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/acolhimento_institucional/Doutrina_abrigos/IPEA._Levantamento_Nacional_de_abrigos_para_Criancas_e_Adolescentes_da_Redde_SAC.pdf>. Acesso em 5 de janeiro de 2015.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

KLEIN, Felipe Pastro. **Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Igualdade XXXIII. Estudos.. Guarda Familiar1. Direito à convivência familiar e comunitária ordem constitucional: Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_29_2_3_1.php>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Direito de Família e Sucessões. v. 5, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Dey Rei, 2009.

MESSEDER, Hamurabi. **Entendendo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. v. 2, 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. v. 5, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY, Maria Aparecida. **A Convivência Familiar e Comunitária é Direito da Criança e do Adolescente e uma Realidade a ser repensada pela escola**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-32622010000200005&script=sci_arttext>. Acesso em 8 de janeiro de 2015.

PENSO, Maria A. *et al.* **Acolhimento Institucional: A rede de proteção desprotegida**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/senado/Programas/InfanciaePaz/detalha_artigo.asp?data=01/11/2013&codigo=2757>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70022182372**, Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/06/2008. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/16294332/pg-37-tribunal-de-justica-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-05-06-2008>>. Acesso em 17 de janeiro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível N° 70047535190**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113085816/apelacao-civel-ac-70053989851-rs/inteiro-teor-113085825>>. Acesso em 17 de janeiro de 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito de Família. v. 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROUDINESCO, Eliabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTANA, Carolina Benicio; ROMERA, Valderês Maria. **ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: uma questão desenfreamento para o serviço social**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2277/1859>>. Acesso em 16 de janeiro de 2015.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Gueressi de. **Contextualizando o Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.p. 59-61.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERREAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERREAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 132**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. Revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Universidade de São Paulo. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 14 de janeiro de 2015.