

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

FABRÍCIA ALCANTARA MONDIN

Itajaí, dezembro de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

FABRÍCIA ALCANTARA MONDIN

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Dr. Clovis Demarchi

Co-orientadora: Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Itajaí, dezembro de 2016

AGRADECIMENTOS

À Elza Maria Canhetti Mondin, *in memoriam*,
por ter me incentivado a cursar o mestrado, por servir de
exemplo como educadora e mãe e, especialmente, por ter
cuidado do meu grande amor, seu filho Bruno Eugênio
Canhetti Mondin.

Aos meus pais, Derci Alcantara e Maria
Florentina Alcantara, pelas belas e também difíceis lições
sobre a vida, pela ausência de perfeição, mas com a
maior dedicação possível, em um ambiente de amor e
responsabilidade.

Aos professores Clovis Demarchi, Josiane
Rose Petry Veronese, Denise Schmitt Siqueira Garcia e
Alexandre Morais da Rosa, pelos ensinamentos e
constante inquietação científica, própria de quem acredita
não existirem certezas perenes na busca do
conhecimento.

DEDICATÓRIA

A Bruno Eugênio Canhetti Mondin, pelo incentivo e
companheirismo, por tudo o que representa como
marido, amigo, irmão, filho, profissional e, agora,
pai.

E ao nosso filho, Benício Alcantara Mondin, que
aguarda as últimas semanas para o seu
nascimento, acompanhando meu trabalho de
pesquisa e lembrando, a todo instante, que o
melhor ainda está por vir.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, dezembro de 2016.

**Fabírcia Alcantara Mondin
Mestranda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias consideradas estratégicas à compreensão do trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Adolescente

Pessoa com idade entre doze e dezoito anos (ECA, art. 2º).

Criança

É todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, faz distinção entre criança e adolescente, considerando criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (ECA, art. 2º).

Cuidado

Representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; está ligado à natureza e a constituição do ser humano¹.

Decisão Judicial

Atividade cognitiva realizada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em sociedade, em busca da implementação de uma solução para o conflito apresentado em Juízo, mediante a aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

Destituição do poder familiar

Decorre da violação de deveres jurídicos estabelecidos aos pais e somente se verifica por ato judicial, em procedimento contencioso, garantidos o contraditório e a ampla defesa².

¹ BOFF, Leonardo apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58.

² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44.

Extinção do poder familiar

Acontece em decorrência natural da verificação dos fatos jurídicos previstos no art. 1.635, incisos I e IV, do Código Civil: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade e adoção³.

Família

Lugar indispensável para a garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. A família propicia os aportes afetivos e materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes e desempenha um papel decisivo na educação formal e informal. É em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados os valores culturais⁴.

Medidas aplicáveis aos pais ou responsável

Medidas previstas no art. 129 do Estatuto da Criança e Adolescente, voltadas em geral para a orientação dos pais, para a proteção, apoio e promoção da família e, em casos extremos, podendo resultar na destituição do poder familiar.

Medidas de proteção

Medidas aplicáveis à criança ou ao adolescente sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua própria conduta (ECA, art. 98). Estão previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e Adolescente em rol não taxativo e podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Mínimo existencial

Condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado [...] direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça⁵.

³ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 44.

⁴ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. Leme: Editora Cronus, 2009. p. 105-106.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**.

Poder familiar

É o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o mantê-lo, protegê-lo e educá-lo⁶.

Positivistas

Autores positivistas desenvolveram suas teorias amparadas no paradigma da ciência do Direito conhecido como Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, o qual é caracterizado pela separação entre direito e moral, pela construção de um sistema jurídico escalonado segundo um critério de validade formal, formado exclusivamente por regras positivadas, e pela aplicação do direito posto mediante subsunção⁷.

Pós-Positivistas

Autores pós-positivistas desenvolveram suas teorias amparadas no paradigma da ciência do Direito conhecido como Pós-positivismo, o qual propõe uma nova concepção de Direito para substituir o paradigma do Positivismo Jurídico, com bases filosóficas ecléticas que incluem temas como princípios gerais do Direito, argumentação jurídica, reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica e o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis⁸.

Suspensão do poder familiar

Decorre do abuso ou negligência dos pais no exercício do poder familiar, porém é menos severa do que a destituição, ante o seu caráter temporário. Pode atingir apenas determinadas parcelas do poder familiar, não se aplica necessariamente a todos os filhos e não exime os pais de prestarem alimentos⁹.

2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132-133.

⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 21.

⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A revolução na teoria do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 103, 2012. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso: 15 set. 2016.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 7

⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 45.

Teorias da Decisão Judicial

Propostas apresentadas pelos estudiosos da ciência do Direito, que estabelecem parâmetros para a tomada da decisão pelos juízes. Trata-se de uma das quatro plataformas centrais da ciência jurídica, objetos de estudo de autores positivistas e pós-positivistas, consistentes nas teorias da norma jurídica, das fontes jurídicas, do ordenamento jurídico e da decisão judicial¹⁰.

¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013. p. 7.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XIII
RESUMEN	XIV
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1	19
DO PODER FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFÂNCIA E O PODER FAMILIAR	19
1.1.1 Elementos históricos sobre o poder familiar.....	19
1.1.2 Preocupações com a infância no Brasil.....	24
1.1.3 Evolução do poder familiar na legislação brasileira	27
1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR.....	34
1.3 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E REGRAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	40
1.4 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	47
CAPÍTULO 2	67
MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E MEDIDAS APLICÁVEIS AOS PAIS.....	67
2.1 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	67
2.2 AS MEDIDAS PREVISTAS NO ECA.....	77
2.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL	84
2.4 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À INFÂNCIA E JUVENTUDE	89
CAPÍTULO 3.....	98
A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR À LUZ DAS TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL.....	98
3.1 TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL.....	99
3.1.1 Teorias da decisão elaboradas por autores juspositivistas.....	99
3.1.1.1 <i>Hans Kelsen</i>	100
3.1.1.2 <i>Herbert Lionel Adolphus Hart</i>	100
3.1.1.3 <i>Norberto Bobbio</i>	102

3.1.2 Teorias da decisão elaboradas por autores Pós-Positivistas	103
<i>3.1.2.1 Robert Alexy.....</i>	<i>104</i>
<i>3.1.2.2 Ronald Myles Dworkin.....</i>	<i>107</i>
<i>3.1.2.3 Lênio Luiz Streck</i>	<i>111</i>
<i>3.1.2.4 Richard Allen Posner.....</i>	<i>115</i>
3.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	118
3.3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA ÁREA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE	125
3.4 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA DECISÃO NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: ESTUDO DE CASOS	138
3.4.1 Estudo de Caso: “Júlio” e “Josué”	138
3.4.2 Estudo de Caso: “Felipe” e “Manoela”	141
3.4.3 Estudo de Caso: “Plínio”, “Gabriel” e “Mônica”	143
3.4.4 Estudo de Caso: “Jonathan”, “Cleber” e “Carolina”	145
3.4.5 Soluções possíveis e construção da decisão judicial à luz das teorias da decisão	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	162

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Dividida em três capítulos, tem como objetivo científico investigar o processo de tomada de decisão nas ações de destituição do poder familiar e identificar parâmetros que permitam a redução da discricionariedade judicial nessas demandas. Inicialmente, é realizada uma breve incursão histórica acerca do poder familiar, a origem, a evolução, o conceito e as principais características do instituto, bem como as hipóteses capazes de ensejar a destituição desse poder-dever. Em seguida, trata-se das medidas de proteção à criança e ao adolescente e das medidas de orientação e apoio aos pais, previstas na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais se destinam à garantia da convivência familiar. Na sequência, é tecida uma análise do fenômeno da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil e da possibilidade de controle judicial de políticas públicas destinadas à infância e juventude. Passa-se, então, ao estudo das principais Teorias da Decisão Judicial, desenvolvidas por autores positivistas e pós-positivistas, e ao enfrentamento do tema da atuação dos juízes da infância e da juventude e da discricionariedade judicial. Dessa forma, estará formado o aporte teórico que permitirá, ao final, o estudo de quatro casos concretos, referentes a ações de destituição do poder familiar, com o fim de identificar as possíveis soluções advindas da aplicação das teorias da decisão estudadas. A dissertação está escrita com base no método indutivo com a utilização da técnica da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Poder familiar. Ação de destituição do poder familiar. Decisão judicial.

RESUMEN

Esta Disertación se inserta en la línea de investigación del Derecho y Jurisdicción. Fue dividida en tres capítulos, cuyos propósitos son investigar el proceso de toma de decisiones en acciones de la pérdida de la autoridad parental e identificar los parámetros que permiten la reducción de la discrecionalidad judicial en estas demandas. Inicialmente, se realiza una breve incursión histórica sobre la autoridad parental, el origen, la evolución, el concepto y las características principales del instituto, así como las hipótesis que puedan dar lugar a la eliminación de este poder. A continuación, se hace referencia a las medidas de protección de la infancia y juventud y medidas de orientación y apoyo a los padres en virtud de la Ley n. 8.069 / 90 (Estatuto del Niño y del Adolescente), que tienen por objeto garantizar la vida familiar. A seguir se elabora un análisis del fenómeno de la institucionalización de niños y adolescentes en Brasil y la posibilidad de revisión judicial de las políticas públicas dirigidas a niños y jóvenes. Se pasa, entonces, al estudio de las principales teorías de la decisión judicial, desarrolladas por los autores positivistas y pos positivistas, y al enfrentamiento del tema de la actuación de los jueces de la infancia y juventud y la discrecionalidad judicial. De ese modo se formará el marco teórico que permitirá, al final, el estudio de cuatro casos específicos relacionados con las acciones de la pérdida de la autoridad parental, con el fin de identificar posibles soluciones derivadas de la aplicación de las teorías de la decisión estudiadas. La Disertación está escrita de acuerdo con el método inductivo, con la ayuda de la técnica de la investigación bibliográfica y documental.

Palabras clave: Niño y adolescente; Autoridad parental; Acción de la pérdida de la autoridad parental; Decisión judicial.

INTRODUÇÃO

A Dissertação tem como objeto a decisão judicial nas ações de destituição do poder familiar. Está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição.

O objetivo científico é investigar o processo de tomada de decisão nas ações de destituição do poder familiar, identificando parâmetros que permitam a redução da discricionariedade judicial. Pretende-se provocar a discussão acerca dos contornos do poder familiar e despertar a formação de uma doutrina especializada para alicerçar as decisões judiciais sobre a matéria.

Os objetivos específicos são: buscar soluções que representem maior efetividade às medidas de proteção e que permitam a reestruturação dos genitores para a reintegração dos filhos ao seio da família; investigar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas destinadas à criança ou adolescente; analisar a aplicabilidade das teorias da decisão no processo decisório das ações de destituição do poder familiar; selecionar teorias da decisão que permitam a redução da discricionariedade judicial nas ações de destituição do poder familiar.

Como justificativa de pesquisa, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao tempo que privilegia a permanência da criança ou adolescente no ambiente familiar e indica a aplicação de medidas para reestruturação dos pais, exige a tramitação célere¹¹ das ações de destituição do poder familiar nos casos em que essas medidas não surtem os efeitos desejados.

Constitui tarefa realmente difícil estabelecer o momento exato de fazer cessar as tentativas de reestruturação da família para priorizar a rápida destituição do poder familiar. A solução do impasse exige do magistrado a busca do ténue equilíbrio entre os interesses relevantes - de um lado, a reestruturação dos pais para a garantia do direito à convivência na família natural; e, de outro, a celeridade do processo de destituição do poder familiar para a colocação da criança ou adolescente

¹¹ Determina o art. 163 da Lei n. 8.069/90: "O prazo máximo para conclusão do procedimento de destituição do poder familiar será de 120 (cento e vinte) dias".

em família substituta.

O juiz da infância e da juventude deve considerar, primordialmente, a hipótese de aplicação de medidas que permitam a reestruturação da família, de modo a decretar a perda do poder familiar somente quando seja estritamente necessária à proteção da criança ou adolescente.

Nesse processo, não se pode conceber que as tentativas de reintegração familiar perdurem por tempo indeterminado, especialmente quando necessário o acolhimento institucional de criança ou adolescente. Isso porque não é possível olvidar que, na entidade de acolhimento, os infantes se formam sem vínculos e históricos familiares, tão importantes ao seu normal desenvolvimento.

É prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, mesmo que para isso o Poder Público precise afastá-los do convívio de seus pais.

A tomada de decisão, na área da infância e da juventude, exige a apreciação da efetividade das medidas de proteção aplicadas à criança ou adolescente e das medidas de orientação e apoio disponibilizadas aos pais, mesmo que, para isso, seja necessário o controle judicial de políticas públicas.

O modo legalista de julgar certamente não oferece respostas razoáveis a todos os conflitos jurídicos sobre os quais os juízes hão de se pronunciar. Assim, eles são forçados a recorrer a outras fontes e exercem discricionariedade quando tomam decisões em condições de incerteza, na zona aberta ou de indeterminação da norma jurídica.

Quando o ordenamento jurídico não estabelece regramento suficiente para solução do conflito, a atividade cognitiva e decisória do julgador deve-se pautar nas teorias da decisão, especialmente aquelas que buscam estabelecer parâmetros para a redução da discricionariedade judicial.

Para a presente pesquisa foram levantados os seguintes problemas:

Problema 1: Como conciliar as medidas voltadas à convivência

familiar da criança ou adolescente com a celeridade de tramitação processual das ações de destituição do poder familiar?

Problema 2: O Estado é legitimado a interferir no âmbito da família para defender as crianças e os adolescentes que ali vivem, reservando-se o direito de fiscalizar o adimplemento dos encargos do poder familiar?

Problema 3: As teorias da decisão oferecem amparo para a construção da decisão judicial na área do Direito da Criança e do Adolescente e são aptas a eliminar ou reduzir a discricionariedade do julgador quando chamado a decidir o caso concreto?

Com base nestes problemas foram estabelecidas as seguintes hipóteses:

Hipótese 1 – O juiz da infância e da juventude deve, antes de decretar a perda do poder familiar, aplicar medidas que permitam a reestruturação da família das crianças e adolescentes envolvidos.

Hipótese 2 – É dever constitucional do Estado fiscalizar os deveres inerentes ao poder familiar, para preservar a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Hipótese 3 – A maioria das teorias da decisão não permite reduzir a discricionariedade do julgador quando da construção da decisão judicial na área do Direito da Criança e do Adolescente.

Para responder as hipóteses levantadas, a Dissertação foi dividida em três capítulos, a saber:

O Capítulo 1 concentra-se sobre o Instituto do Poder Familiar, com uma breve incursão histórica, sua origem e evolução, seguida da análise do conceito e principais características do instituto e das hipóteses ensejadoras de sua destituição.

O Capítulo 2 trata das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente voltadas à garantia da convivência familiar, analisa o fenômeno da

institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil e investiga a possibilidade de controle judicial de políticas públicas destinadas à infância e juventude.

O Capítulo 3 dedica-se ao estudo de algumas Teorias da Decisão Judicial desenvolvidas por autores juspositivistas e pós-positivistas, bem como ao tema da discricionariedade judicial e da atuação dos juízes da infância e da juventude. Ao final, propõe-se o estudo de casos concretos, extraídos de ações de destituição do poder familiar, para identificar as possibilidades de solução mediante a aplicação das teorias da decisão estudadas.

O relatório de pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o poder familiar e a construção da decisão judicial nas ações de destituição.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹² foi utilizado o Método Indutivo¹³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁵, da Categoria¹⁶, do Conceito Operacional¹⁷ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁸.

¹² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

¹³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 91.

¹⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

¹⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 27.

¹⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 39.

¹⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar

CAPÍTULO 1

DO PODER FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante a infância e a adolescência, a estabilidade emocional e a adaptação social dependem consideravelmente do grau de harmonia que existe entre os membros da família. Os pais, enquanto formadores do núcleo familiar, são, indiscutivelmente, poderosa fonte de influência no desenvolvimento da criança, o que lhes atribui grande responsabilidade. Além de provedores dos cuidados necessários, são eles os maiores reforçadores, fontes de afeto e modelos de aprendizagem para os filhos¹⁹.

Neste capítulo, será realizada uma breve incursão histórica buscando estabelecer as origens e demonstrar a evolução do poder familiar (1.1), seguida da análise do conceito e das principais características do instituto (1.2), dos princípios informativos e regras no direito brasileiro (1.3) e das hipóteses ensejadoras da destituição do poder familiar (1.4).

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFÂNCIA E O PODER FAMILIAR

1.1.1 Elementos históricos sobre o poder familiar

O estabelecimento das origens do instituto do poder familiar encontra controvérsias entre juristas e historiadores. Algumas teorias foram formuladas com tal objetivo, dentre as quais prevalecem as que atribuem origens religiosas ao poder familiar, em que o *pater* figurava como chefe do ritual religioso destinado a cultuar os antepassados²⁰.

Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215.

¹⁹ MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea**: desafios e perspectivas teórico-práticas. São Paulo: Arte e Ciência, 2011. p. 89/108.

²⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

Fustel de Coulanges²¹, na obra clássica “A Cidade Antiga”, filia-se aos autores que veem no culto doméstico a origem do poder familiar. Segundo ele, a família não recebeu suas leis da Cidade, pois o direito privado já existia desde antes, enraizado nos costumes.

Na Roma antiga, o poder do pai tinha por princípio o culto doméstico e era limitado unicamente pelas crenças. O *pater familias* era o chefe supremo da religião doméstica, detentor de direitos em relação à pessoa e ao patrimônio dos filhos. Quanto à pessoa dos filhos, ao *pater* eram conferidos os direitos de educar, ceder em casamento, emancipar, designar tutor, matar (*ius vitae et necis*), vender (*ius vendendi*) e expor os seus filhos, além da faculdade de reconhecer a criança no ato do nascimento ou de rejeitá-la (*ius exponendi*). No que tange ao aspecto patrimonial, ele detinha a propriedade de todos os bens da família. Daí é possível perceber o quanto o direito civil contemporâneo descendeu dos institutos jurídicos do direito romano daquela época²².

A estrutura familiar era formada pelo *pater familias* (pessoa *sui iuris*, independente, e que não possuía ascendente masculino vivo), e as pessoas *alieni iuris* (dependentes) sobre as quais ele exercia sua *potestas*, quais sejam, a esposa, os descendentes naturais ou adotivos e suas respectivas mulheres e os escravos. A justiça, para o filho e para a mulher, encontrava-se no lar e o seu juiz era o *pater*, que poderia condená-los à morte, sem que qualquer autoridade pudesse modificar a sentença²³.

Na tradição mais antiga, a *patria potestas* tinha caráter perpétuo, absoluto e ilimitado e, em regra, somente se extinguia pela morte do *pater familias*. Posteriormente, o instituto sofreu gradual mudança de finalidade, passando a se submeter a outras causas de extinção, que representam limitações do poder familiar

²¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução e Glossário por Fernando de Aguiar. 10 ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1971. p. 99.

²² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 22-25.

²³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 16-19.

em prol dos interesses dos filhos²⁴.

No direito clássico romano (126 a.C. a 305 d.C.), o pátrio poder se modificou, a autoridade absoluta do pai foi abrandada e seus efeitos diminuídos. Exemplo dessa transformação é que o direito do *pater* de matar a sua prole deixou de ser reconhecido; o filho que entrava para as forças armadas poderia dispor de um pecúlio; ao filho que sofria maus tratos era dado o recurso *extra ordinem*; o pai podia ser punido com a pena capital se abandonasse o filho infante e somente poderia vendê-lo em caso de extremo estado de penúria²⁵.

Outros povos da Antiguidade seguiram o mesmo rigor romano no que concerne ao instituto do pátrio poder, admitindo o direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae et necis*), o poder de abandonar o filho infante (*ius exponendi*) e a faculdade de vendê-lo (*ius vendendi*). Porém, igualmente, sofreram atenuação com o decorrer da história. Nesse tocante, certamente merece destaque o direito germânico da Antiguidade, de índole mais liberal e humanista que o direito romano. O caráter perpétuo típico do sistema romano deixou de existir, passando a prever a maioridade como causa de extinção do pátrio poder e liberando do jugo paterno o filho que reunisse condições de se defender sozinho. O pátrio poder germânico, conhecido como *mundium*, era encarado como instrumento de proteção dos filhos e influenciou a tradição jurídica dos povos ibéricos, redesenhando a *patria potestas* romana e conferindo-lhe as linhas mestras que orientam o instituto na atualidade²⁶.

O período histórico da Idade Média foi marcado pelo conflito entre a orientação romana e a orientação germânica de pátrio poder, esta mais branda do que aquela e inspirada no interesse do filho. As leis antigas receberam uma nova interpretação a partir do cristianismo, que trouxe uma nova concepção sobre o indivíduo e o Estado e despertou a atenção para a infância abandonada. Em matéria de poder familiar, proibiu-se a venda do filho, sua morte ou entrega a um credor, e o sacerdócio exercido pelo pai passou para as mãos do clero. Foi aí que a autoridade

²⁴ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 43.

²⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 17.

²⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 26.

paterna perdeu o seu caráter sacral²⁷.

No ano de 1.188, em Marselha, na França, foi criado um aparelho identificado por “Roda dos desvalidos ou enjeitados”, em geral fabricado em madeira, no formato de um cilindro, com um dos lados vazados, assentado em um eixo que produzia um movimento rotativo e colocado em uma das paredes dos abrigos para crianças²⁸. A roda, que era inicialmente utilizada nos mosteiros, com a finalidade de enviar alimentos, objetos e mensagens aos residentes, passou então a servir para colocar a criança que se pretendia abandonar²⁹.

Até o início do século XVI, as crianças não eram significativamente diferenciadas dos adultos, não havendo preocupação social com essa fase do desenvolvimento humano. Inexistia registro de nascimento, uma vez que era pouco significativa a idade real para identificar as pessoas. A infância, independentemente do estrato social, era considerada uma fase bastante curta, pois, assim que demonstravam condições de sobreviverem sem os cuidados básicos maternos, as crianças ingressavam no mundo dos adultos passando a serem considerados iguais. Dentro do contexto familiar, não eram consideradas importantes sendo, não raramente, consideradas um verdadeiro transtorno. Nessa época, ignoravam-se as etapas de crescimento e desenvolvimento infantil³⁰.

Phillippe Aries³¹, um dos primeiros historiadores a resgatar a

²⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 18.

²⁸ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. p. 73: “O Papa Inocêncio III mandou que o sistema fosse adotado nos territórios da Igreja. No fim do século XIX, o Hospital Santo Spirito, próximo ao Vaticano, chegou a receber na ‘roda dos enjeitados’ cerca de 3000 bebês abandonados por ano”.

²⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 145. A respeito do funcionamento da roda, cumpre também citar a obra de SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2015. p. 38: “O termo ‘Rodas dos Expostos’ fazia referência a um mecanismo giratório, em que a criança poderia ser depositada, permitindo o anonimato do indivíduo que a abandonava. O ‘enjeitado’ era colocado no dispositivo cilíndrico e se acionava o sino, cujo som avisava a ‘rodeira’, pessoa responsável em recolher a criança na instituição, de que havia um exposto no local”.

³⁰ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. p. 45-46.

³¹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 156. A respeito do que Ariès denominou “sentimento moderno de infância”, referem SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 2-3: “Até o século XVII, quando começa a se estabelecer o que Ariès denominou como ‘sentimento moderno de infância’, inexistia diferença entre o mundo adulto e

trajetória da infância na civilização ocidental, demonstra como o “sentimento de infância” e consciência da particularidade infantil só pode ser observado a partir do século XVII, ocupando até ali um papel secundário na família.

Assim, o sentimento de desconsideração para com a criança perdurou por toda a Idade Média e início dos tempos modernos. O século XVII foi marcante para a mudança de paradigma, quando surgiu o conceito de educação no mundo. Anteriormente nula ou subutilizada, a educação começa a se preocupar com questão da criança, de princípio apenas agravando a sua condição, para depois então ser o grande marco no desenvolvimento infantil³².

O internato de crianças passou a se tornar prática aceitável, com a criação de grandes colégios internos, para onde a burguesia levava seus filhos, e com a instalação dos conventos, onde as meninas se preparavam para o casamento. Havia, portanto, grande diferenciação entre a educação destinada às crianças do sexo masculino e às do sexo feminino, assim como a destinada às famílias burguesas e as famílias operárias³³.

É no fim do século XVII que a criança retorna ao berço da família, não mais sendo enviada a outras famílias. Dá-se início a uma nova concepção de família, em que criança começa a ter alguma relevância dentro do lar. A família absorve a função social de educar, permite a presença da criança nas suas reuniões, reserva o direito à privacidade nos cômodos para as crianças e sente consideravelmente a sua perda. Começa a ocorrer a privatização do espaço doméstico, estabelecendo-se a infância como um período de preparação para o futuro³⁴.

a infância, que era vista como uma fase sem importância, já que muitas nasciam, e poucas sobreviviam, ou seja, a criança mantinha-se anônima e era rapidamente substituída, e sua morte era sentida com tristeza, mas sem desespero. A criança agora, por sua ingenuidade, gentileza e graça, era vista como objeto de distração e brincadeiras dos adultos, o que o autor denominou como ‘paparicação’”.

³² VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

³³ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente: direitos e deveres**. p. 46.

³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 23.

Nas palavras de Elisabeth Badinter: “A família se fecha e se volta para si mesma. É a hora da intimidade, das pequenas residências particulares e confortáveis de peças independentes, com entradas particulares, mais adequadas à vida íntima”³⁵.

Durante o século XVIII, os bebês, logo após o batismo, eram entregues a amas-de-leite e conduzidos até as suas casas para receberem os cuidados necessários. Ao voltarem da casa da ama, os filhos das classes abastadas eram imediatamente confiados a uma governanta, até os sete anos de idade, e os filhos das famílias pobres eram trocados para servirem como criados ou aprendizes³⁶. Nesse sistema, o índice de mortalidade de crianças era bastante alto, estimado em 90% (noventa por cento), desde a entrega aos cuidados das amas até os primeiros três meses de vida³⁷.

1.1.2 Preocupações com a infância no Brasil

No Brasil, o destino das crianças abandonadas, a partir da invasão portuguesa, não foi muito diferente dos demais países, implementando-se aqui as práticas assistencialistas marcadas pela influência da cultura europeia³⁸.

Foram os Jesuítas os primeiros a se interessarem pela infância no país, com a implantação de um sistema educacional voltado à expansão da Igreja e à consolidação do domínio português. Ainda no século XVI, surge, no Brasil, a primeira iniciativa assistencial e, em 1582, é criada a Santa Casa de Misericórdia, no Rio de Janeiro, de iniciativa católica, com a missão de atender aos enjeitados indistintamente³⁹.

³⁵ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 179.

³⁶ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. p. 67/128.

³⁷ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 20.

³⁸ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação Socioafetiva**. p. 23: “Muitas embarcações portuguesas trouxeram crianças ao país, em seus navios, na condição de trabalhadores, em sua grande maioria meninos com menos de 15 anos, recrutados entre os órfãos, desabrigados, pedintes e em famílias que sofriam com a fome, porquanto caracterizavam uma mão de obra ágil, de baixo custo e consumidora de poucos alimentos”.

³⁹ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação Socioafetiva**. p. 24: “Embora inicialmente a Companhia de Jesus tenha se dedicado às crianças portuguesas que já habitavam o País, mais tarde descobriu nas crianças indígenas a pureza

A fase denominada caritativa vigorou do período colonial até meados do século XIX, caracterizando-se pelo assistencialismo à criança e ao adolescente, baseado no sentimento de fraternidade humana, de conteúdo paternalista, sem qualquer pretensão de mudanças sociais. Nessa época, a assistência social aos infantes abandonados e órfãos era prestada de três formas no Brasil: (i) a comunidade em geral preocupava-se em integrar essas crianças na sociedade, recebendo-os em suas famílias; (ii) as Câmaras Municipais eram as únicas oficialmente responsáveis pela tarefa de prover assistência aos enjeitados sociais, conforme a legislação portuguesa; (iii) existiam convênios escritos em que o rei autorizava as Câmaras Municipais a delegarem essa responsabilidade a outras instituições como as Santas Casas de Misericórdia, que vieram a estabelecer a Roda dos Expostos no Brasil⁴⁰.

No período colonial, no Brasil, da terceira década do século XVI à Independência em 1822, o universo infantil não tinha espaço: as crianças eram obrigadas a adaptar-se em meio ao mundo adulto. A responsabilidade exclusiva pelos infantes abandonados era do clero, chegando o país a ter treze Rodas. “Enjeitados”, “deserdados de sorte”, “expostos” e “desvalidos” foram denominações de uso corrente para se referir a essas crianças⁴¹.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade relatam que o Imperador D. Pedro I, na cerimônia de instalação da 1ª Constituinte Brasileira, em 1823, assim discursou:

A primeira vez que fui à Roda dos Expostos achei sete crianças com duas amas: nem berços, nem vestuários. Pedi o mapa e vi que em 13 anos tinham entrado perto de 12.000, e apenas vingado 1.000, não sabendo a Misericórdia verdadeiramente aonde elas se achavam. Agora, edificou-se uma casa própria para tal estabelecimento, onde há trinta e tantos berços, quase tantas amas, quantos expostos e tudo em muito melhor administração⁴².

necessária para inscrever os valores cristãos almejados para a construção do novo projeto societário”.

⁴⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História da criança abandonada**. p. 134-135.

⁴¹ RIZZINI, Ireni. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais, 1995. p. 191.

⁴² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002. p. 31.

O sistema de Roda dos Expostos no Brasil teve inspiração europeia, precisamente advinda do modelo da Roda dos Expostos da Misericórdia de Lisboa. Por ser originariamente missionária, a primeira preocupação com a criança deixada aos cuidados do sistema era providenciar o seu batismo. Após, o infante recebido pela “rodeira” era encaminhado aos cuidados de uma ama-de-leite⁴³, que, mediante remuneração, prestava-lhe cuidados até a idade de três anos, podendo-se estender até os sete ou doze anos.

Esse sistema comportou fraudes e abusos de toda sorte, pois as Casas de Misericórdia não fiscalizavam rigorosamente as crianças que protegiam. Havia casos de mães que entregavam seus filhos na roda e, em seguida, ofereciam-se como suas amas-de-leite, mas agora de forma remunerada; outras, não declaravam a morte da criança que estava sob seus cuidados e continuavam a receber a remuneração; além de senhores usarem do expediente de colocar, sagazmente, um bebê escravo na roda e, passada a fase de maior mortalidade, reclamá-lo de volta⁴⁴.

Passado o período com as amas, os infantes ficavam a mercê da sorte de alguma família os acolher como aprendizes de ofício ou ocupação, no caso dos meninos, ou como empregadas domésticas, no caso das meninas. Surgiram então, a partir do fim do século XVIII, instituições que se destacaram por receberem crianças desassistidas, tais como a Companhia de Aprendizes Marinheiros ou de Aprendizes do Arsenal de Guerra, verdadeiras escolas profissionalizantes com rigorosa disciplina militar⁴⁵. Para as meninas, foi criado, em 1739, o chamado Recolhimento, em instituições com fins devocionais, caritativos ou educacionais, que buscavam uma colocação familiar respeitável ou criar condições para que encontrassem um bom marido⁴⁶.

⁴³ SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. p. 38-39: “As amas eram mulheres em sua quase totalidade pobres, solteiras, ignorantes e residentes nas cidades e algumas eram escravas ou ex-escravas”.

⁴⁴ SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. p. 40.

⁴⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil 1726-1950. In: FREITAS, Mario Cezar (org.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009. p. 76.

⁴⁶ SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. p. 39-40.

Assim, os destinos dos sobreviventes da Roda dos Expostos eram delimitados pelo sexo: os meninos eram enviados para a Companhia de Aprendizes Marinheiros ou Aprendizes do Arsenal de Guerra, ou ainda para casas de famílias, como aprendizes; já as meninas eram encaminhadas a Casa de Meninas Órfãs para a preservação de sua honra e castidade⁴⁷.

O direito luso-brasileiro, expresso nas Ordenações do Reino, passou a não atender mais às necessidades do Brasil da época. Foi assim que, em 1831, instituiu-se a maioridade em 21 anos, como causa de extinção do pátrio poder, retirando a característica de perpetuidade do instituto. Já a prerrogativa exclusivamente paterna na titularidade do pátrio poder somente derruiu em 1890, quando se concedeu às viúvas o poder sobre os filhos do casal, cessando quando ela convolvesse novas núpcias. Mas foi somente em 1916, com a edição do Código Civil, que foram revogadas as Ordenações (Código Filipino) e o Brasil passou a contar com a sua própria normatização de Direito Civil⁴⁸.

1.1.3 Evolução do poder familiar na legislação brasileira

Sob a égide do Código Civil de 1916, o pátrio poder foi posto como um benefício em favor dos filhos. Retrato disso é que, no art. 395, foram previstas as condutas paternas que, em razão de sua gravidade, importavam na perda do pátrio poder: I - castigar imoderadamente o filho, II - deixar em abandono, III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes⁴⁹. No entanto, mesmo com avanços na concepção do instituto, aquele Código expressava a ideia de família do século XIX, tradicional, proprietária e baseada no casamento formal, na qual o homem assumia uma posição de predominância⁵⁰.

O Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, foi a primeira manifestação legislativa de proteção e assistência ao infante no direito brasileiro. Estatuía o seu art. 1º: “o menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, será

⁴⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil 1726-1950. In: FREITAS, Mario Cezar (org.). **História Social da Infância no Brasil**. p. 77.

⁴⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 28.

⁴⁹ MUCCILLO, Jorge. **O menor e o direito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Porto Alegre, 1961. p. 133-134.

⁵⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 28.

submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção instituídas neste regulamento”. Assim, as crianças e adolescentes que se enquadrassem nos conceitos legais de abandonados ou delinquentes eram postos sob a proteção do Estado, o qual exercia a função preventiva ou corretiva⁵¹.

Em 1924, foi criado o primeiro Juizado de Menores do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, dotado de função social, que reservava ao juiz “o papel de declarar a condição jurídica da criança se ‘abandonada’ ou não, se ‘delinquente’, e qual o amparo que deveria receber”⁵².

Surgiram novas medidas legislativas até a consolidação do Código de Menores do direito brasileiro, Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que igualmente tratou do tema dos menores abandonados, conferindo-lhes proteção estatal pelo fato de não terem pais ou responsáveis em condições de cumprir com as suas obrigações.

O Capítulo V desse código dedicava-se ao tema da “inibição do pátrio poder”, que compreendia tanto a suspensão como a perda desse poder. O art. 31 tratava do assunto nos seguintes termos:

Art. 31. Nos casos em que a provada negligência, a incapacidade, o abuso de poder, os maus exemplos, a crueldade, a exploração, á perversidade, ou o crime do pai, mãe ou tutor podem comprometer a saúde, segurança ou moralidade do filho ou pupilo, a autoridade

⁵¹ O art. 2º do Decreto n. 16.272/1923 considerava abandonados os menores de 18 anos que: “I) que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos, ou por não terem tutor, ou pessoa sob cuja guarda vivam; II) que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III) que tenham pai, mãe ou tutor, ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para com o filho, ou pupilo, ou protegido; IV) que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de atos contrários á moral e aos bons costumes; V) que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI) que, devido á crueldade, exploração ou perversidade dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis á saúde; c) empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VII, que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível a mais de dois anos de prisão por qualquer crime ou a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes”.

⁵² PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 309.

competente decretará a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela, como no caso couber.

Mas as medidas postas em prática pelos juízes brasileiros, na época, no sentido de restringir os direitos dos pais sobre os filhos, foram mal recebidas pelas famílias. Tal resistência somente foi vencida no decorrer dos anos, quando se assumiu uma concepção mais liberal do pátrio poder, que, de instrumento despótico da vontade paterna, passou a servir os legítimos interesses do filho destinatário da tutela jurídica⁵³.

Em 1941, foi organizado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), por meio do Decreto-lei n. 3.779, com a tarefa de prestar, em todo território nacional, amparo social aos “menores desvalidos” e infratores, centralizando a execução de uma política nacional de assistência⁵⁴.

E, em 1964, a Lei n. 4.513 criou a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM), responsável pela Política Nacional do Bem-estar do Menor (PNBEM), que serviu como instrumento de controle da sociedade civil e pretendia reverter a ineficiência da política institucional até então adotada no país⁵⁵.

Nesse panorama, surgiu o Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que estabeleceu a nomenclatura “menor em situação irregular” para designar o “menor abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e ainda o autor de infração penal”⁵⁶ e tinha como alvo de atenção apenas esta categoria de crianças e adolescentes.

A Doutrina da Situação Irregular, que fundamentou o Código de Menores, alocava, na mesma situação irregular, crianças e adolescentes abandonados, maltratados, vítimas e infratores, como grupo em situação de

⁵³ MUCCILLO, Jorge. **O menor e o direito**: doutrina, legislação e jurisprudência. p. 130-131.

⁵⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 31-32.

⁵⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 35: “A política institucional que o Brasil vinha adotando demonstrava-se, pelo crescimento do número de crianças marginalizadas, além de ineficiente, também incapaz de reeduca-las, haja vista o estilo metodológico nelas empregado, no qual a criança era mero sujeito passivo, cliente de uma pedagogia alienada”.

⁵⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 35.

ilegalidade sujeito a medidas tutelares. Considerava em situação irregular a criança e o adolescente cujos pais ou responsáveis estivessem manifestamente impossibilitados de prover as condições essenciais de subsistência, saúde e instrução escolar obrigatória. Assim, confundia pobreza com abandono e incentivava a ideia de imediata e necessária colocação desses menores em família substituta⁵⁷.

Na década de 1980, a teoria da situação irregular sofreu significativa resistência, simultaneamente a um período em que o Brasil conviveu com o fortalecimento dos movimentos sociais. Era o início de um complexo processo de transição que resultaria na superação do “direito do menor” pelo “direito da criança e do adolescente” e na substituição da “doutrina da situação irregular” pela “doutrina da proteção integral”. Essa transição estabeleceu-se gradativamente e teve ênfase no processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elemento constitutivo das bases do Direito da Criança e do Adolescente no país⁵⁸.

Vicente de Paula Ataíde Junior explica que essa substituição de termos não é mero eufemismo, mas uma proposta de mudança de mentalidade. Isso porque a criança e o adolescente passaram a ser observados, do ponto de vista jurídico, como plenos sujeitos de direitos e, não mais, como meros objetos de tutela estatal, ideologicamente expressada pelo binômio compaixão-repressão⁵⁹.

A Doutrina da Proteção Integral, em contraposição à Doutrina da Situação Irregular adotada pelo revogado Código de Menores, reconheceu a

⁵⁷ SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. p. 52. Assim dispunha o Código de Menores de 1979: “Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.

⁵⁸ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente** para concurso de juiz do trabalho. São Paulo: Edipro, 2012. p. 28-29: “Esse processo de transição contou com a colaboração indispensável dos movimentos sociais em defesa dos direitos da infância, que, juntamente à reflexão produzida em diversos campos do conhecimento, proporcionou uma perspectiva diferenciada do direito da criança e do adolescente”.

⁵⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 15.

titularidade de direitos especiais em favor das crianças e adolescentes em face da família, da sociedade e do Estado⁶⁰. Hoje, ela configura a base teórica essencial para o reconhecimento do Direito da Criança e do Adolescente como ramo jurídico, seguro quanto às suas diretrizes, princípios, regras e valores. Nesse aspecto, muitos textos acadêmicos que declaram não encontrar maior distinção entre os termos “menor” e “criança e adolescente” revelam a incompreensão de percepções radicalmente diversas, ou seja, desconsideram o essencial, o reconhecimento da transição paradigmática do direito do menor para o direito da criança e do adolescente⁶¹.

Segundo o novo paradigma estabelecido pela Doutrina da Proteção Integral, toda criança e adolescente é merecedora de direitos próprios e de proteção especializada, diferenciada e integral, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento⁶². Ele implica, conforme ensina Josiane Rose Petry Veronese: i) o tratamento da questão da infância e da adolescência como prioridade imediata e absoluta, exigindo uma consideração especial, o que significa que a sua proteção deve sobrepor-se a quaisquer outras medidas, objetivando o resguardo de seus direitos fundamentais; ii) o princípio do melhor interesse da criança, visto como algo concreto, considerando que cabe à família garantir-lhe proteção e cuidados especiais; ressalta-se o papel importante da comunidade, na efetiva intervenção/responsabilização com os infantes e adolescentes, daí a criação dos Conselhos Tutelares e, ainda, a atuação do Poder Público com a criação de meios/instrumentos que assegurem os direitos proclamados; iii) o reconhecimento da família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias, a fim de poder assumir plenamente suas

⁶⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 56: “A teoria da proteção integral tem seu fundamento na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, ratificada e promulgada pelo Brasil (Decreto 99.710/90)”.

⁶¹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. p. 32.

⁶² VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 33.

responsabilidades dentro da comunidade, na idade apropriada⁶³.

Daí é possível afirmar que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, amparada nos princípios e diretrizes da Doutrina da Proteção Integral, trouxe significativa evolução ao instituto do poder familiar.

No período de ausência de regulamentação específica dos novos ditames constitucionais, o que prevaleceu no ordenamento brasileiro para as questões referentes à filiação, à família, à criança e ao adolescente foi a simples aplicação dos princípios insculpidos nos artigos 226 a 229 da Constituição, adotando-se, no mais, os artigos do Código Civil de 1916, no que não lhes fossem contraditórios⁶⁴.

Então, em 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio para regulamentar os supramencionados dispositivos constitucionais e pôr fim ao regime jurídico baseado na Doutrina da Situação Irregular que inspirou o Código de 1979.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reuniu e regulamentou o sistema de proteção preconizado pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁶⁵ e consagrou a Doutrina da Proteção Integral na ordem jurídica, pautada em dois paradigmas essenciais, quais sejam: (i) a ampliação dos usuários em potencial das medidas de proteção para atingir todas as crianças e adolescentes, e não apenas certa parcela deles considerada em situação irregular; e (ii) a diluição da esfera de intervenção do Poder Judiciário sobre

⁶³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 10.

⁶⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 54-55.

⁶⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 56.

os infantes para outros atores, como o Conselho Tutelar⁶⁶.

O novo diploma também dedicou normas ao até então denominado “pátrio poder”, reafirmando a sua existência como dever dos pais em relação aos filhos, igualando o seu exercício entre pai e mãe e aumentando a fiscalização do Estado (ECA, artigos 21 a 24). Mas o ápice evolutivo do instituto se deu com a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, que terminou por acomodar os avanços já consolidados do ordenamento jurídico, alterando, inclusive, a terminologia tradicionalmente empregada, de “pátrio poder” para “poder familiar”⁶⁷.

Essa alteração normativa não configurou mera mudança terminológica. A transformação do conceito em poder familiar implicou a revisão do modelo jurídico secularizado das relações jurídicas de direito civil⁶⁸. O Código Civil de 2002 operou um melhoramento técnico das disposições normativas acerca do poder familiar e adaptou o instituto aos novos paradigmas do direito civil, introduzindo nele os conceitos de união estável e igualdade de exercício por ambos os pais, de forma a torná-lo coerente com as características da nova família surgida nas últimas décadas no século XX (plural, igualitária e eudemonista)⁶⁹.

Em 2009, a Lei Nacional de Adoção, Lei 12.010, trouxe mais novidades ao instituto do poder familiar. Estabeleceu um prazo determinado para a tramitação das ações de destituição do poder familiar, pretendendo a otimização dos processos, em especial, para evitar que se alongassem em uma morosidade absurda e implicassem “o engessamento de vidas e o desfazimento de sonhos pela ação do tempo”⁷⁰.

Do caminho percorrido até este ponto, na análise das origens históricas do poder familiar, pode-se dizer que “o cinzel do tempo operou mudanças

⁶⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.) **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 150.

⁶⁷ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 19-20.

⁶⁸ OLIVEIRA, Neiva Flávia. Pátrio poder e poder familiar: diferenças sociojurídicas. p. 28. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 10, jul/set 2001, p. 12-30.

⁶⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 29.

⁷⁰ SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção: à luz dos direitos fundamentais**. p. 11.

significativas na organização e na estrutura do grupo familiar”⁷¹.

Em suma, comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga, com o instituto do poder familiar, na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma drástica modificação em sua estrutura. O tempo provocou uma evolução tão radical em seu conceito que afetou a própria natureza do poder dos pais. Passou-se a compreender que o poder atribuído aos pais deve ser exercido no interesse dos filhos, abrandando-se o jugo paterno e materno nos costumes e na lei. O instituto perdeu sua organização despótica, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre os filhos, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres de ambos os pais, exercidos no interesse dos filhos e com vistas a sua proteção integral⁷².

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

O instituto do poder familiar sofreu grande evolução ao longo da história, afastando-se de seu caráter despótico original para ganhar uma conotação protetiva e construtiva no tocante à prole. Diante da nova dimensão assumida, abandonou-se a denominação tradicional “pátrio poder”, ante os resquícios da *patria potestas* romana, preferindo-se substituí-la por “poder familiar”, expressão adotada pelo Código Civil de 2002⁷³.

A antiga concepção do poder familiar como poder-sujeição está em crise, pois não trata mais da relação “entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”⁷⁴.

Clovis Bevilacqua, ao comentar o Código Civil de 1916, cujo projeto fora de sua autoria, conceituou o instituto do “pátrio poder” como o “conjunto de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos,

⁷¹ LIMA, Ricardo Alves. **Função social da família**: família e relações de poder, transformação funcional familiar a partir do direito privado. Curitiba: Juruá, 2013. p. 95.

⁷² ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 19-20.

⁷³ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27. A autora explica que alguns doutrinadores também utilizam, como sinônimos de poder familiar, as expressões “poder parental”, “autoridade parental” e “pátrio dever”.

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 258.

legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos”⁷⁵. Todavia, a conceituação jurídico-civilista daquela época está ultrapassada, haja vista que era inspirada no conceito patriarcal, patrimonialista e discriminatório dos filhos do sistema das relações jurídicas de direito civil⁷⁶.

A organização familiar brasileira, que antes era matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, passou a ser plural, igualitária e eudemonista. Nessa nova concepção, há equivalência de atuação dos genitores e maior participação dos filhos, fazendo com que o instituto do poder familiar assuma uma função mais educativa do que propriamente de gestão patrimonial e que o poder familiar passe a ser um *munus* voltado para a promoção das potencialidades criativas dos filhos⁷⁷.

Nesse contexto, Caio Mário da Silva Pereira⁷⁸ define poder familiar como “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição”.

Luiz Edson Fachin⁷⁹ ensina que os filhos participam da relação de poder familiar, não sendo objetos nem sujeitos passivos, mas sim os destinatários do exercício desta incumbência dos pais, na modalidade de uma dupla realização de interesses, dos pais e dos filhos. Prefere o autor utilizar a expressão autoridade parental, em vez de poder familiar, por traduzir uma gama de conjunturas que informam a caracterização de direitos e a assunção de deveres consectários, desconstruindo a noção de “poder” decorrente da terminologia indicada pelo Código Civil em seu art. 1.631. A autoridade parental se distancia do exercício de um “poder” em face dos filhos para consolidar-se como uma “relação recíproca, na qual os pais,

⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 363.

⁷⁶ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. p. 27.

⁷⁷ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. p. 37-38.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 240.

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 223.

ao subsidiarem o desenvolvimento da personalidade de seus filhos, estão, por igual, estabelecendo o pleno desenvolver de suas personalidades”⁸⁰.

Patrícia Pimentel Ramos afirma que o poder familiar é caracterizado mais como um *munus* legal do que propriamente um poder, e por isso as críticas existentes à expressão “poder familiar”. Isso porque é função exercida no interesse dos filhos e ao complexo de prerrogativas existentes sobre a pessoa e os bens dos filhos correspondem os deveres de criação, educação e sustento⁸¹.

Roberto João Elias, define o instituto como “um conjunto de direitos e deveres em relação a pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”. O poder familiar visa precipuamente à proteção dos filhos e deve ser exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições, conforme a legislação civil⁸².

Segundo Josiane Rose Petry Veronese, o poder familiar é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o mantê-lo, protegê-lo e educá-lo⁸³.

Para Ataíde Vicente de Paula Junior, o poder familiar se consubstancia em um feixe de direitos e deveres atribuídos aos pais, em função da proteção dos filhos, que “se configura mais como um conjunto de deveres, do que uma reunião de direitos sobre os filhos, isto em razão da sua principal finalidade, que é garantir, na instância familiar, a criação e desenvolvimento das crianças e

⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental. In: **Revista do Advogado**. v. 31, n. 112, jul. 2011. p. 100-103.

⁸¹ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. p. 32.

⁸² ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 25.

⁸³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. p. 21.

adolescentes”⁸⁴.

E, para Guilherme Gonçalves Strenger, o poder familiar “é um direito-dever de que são investidos os pais, como titulares, no sentido de tutelar os interesses do filho e preservar suas condições existenciais”⁸⁵. Defende este autor que o poder familiar deve ser concebido, em nossos dias, segundo a noção de direito-função, que atribui a seus titulares uma missão e não um poder subjetivo. Isso porque reúne um conjunto de direitos e deveres sobre a pessoa e os bens dos filhos que devem ser exercidos “não no interesse de seu titular, mas no da criança, visando a sua segurança, sua saúde e sua moralidade, circunstâncias que podem ser sintetizadas com direito e dever de guarda, de vigilância e de educação”⁸⁶.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias ensina:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. É prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais⁸⁷.

O poder familiar nasceu como instituto de direito privado e evoluiu, adquirindo características de um direito com conotação social, pois, embora regule relações de ordem privada, tem o Estado como protetor e fiscal dessas relações. Tanto que, em caso de abuso das prerrogativas dos pais, o Estado pode e deve interferir, suspendendo ou retirando-lhes o poder familiar. Assim, progressivamente o instituto vai deixando de ser um “poder” e adquirindo feições de “dever”. Por essa razão, muitos doutrinadores defendem a ideia da substituição do termo “pátrio poder” por outras denominações, como “poder protetivo”, “pátrio dever”,

⁸⁴ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 38.

⁸⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. O poder familiar no novo código civil. In: **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, v. 3, n. 2, 2ª quinzena jan./2003. p. 48.

⁸⁶ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 30.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 426.

“poder-dever”⁸⁸.

A reflexão a respeito da natureza jurídica do poder familiar divide os autores entres aqueles que concebem o instituto como “direito subjetivo”, “poder-dever ou poder funcional” e “situação jurídica”.

Direito subjetivo pressupõe a possibilidade de livre exercício de um poder do qual se é titular, sem que exista qualquer dever de exercitá-lo; por essa razão nega-se que o poder familiar seja direito subjetivo. Poder-dever ou poder funcional é um poder jurídico reconhecido como pertencente a um sujeito, vinculado ao dever de exercício desse poder. Já situação jurídica é conceito por demais amplo, que abrange inumeráveis ocorrências em matéria de Direito e não explica, por si só, notas peculiares que informam o poder familiar⁸⁹.

Dentre essas categorias, a que melhor se aplica como natureza jurídica do poder familiar, de acordo com Antônio Jorge Pereira Júnior, é a de poder-dever (poder funcional), haja vista que o titular desse poder, à diferença do titular de um direito subjetivo, possui, ao lado de posições jurídicas subjetivas ativas, uma posição jurídica subjetiva passiva no âmbito das normas de comportamento, para a “satisfação de interesses que não são estritamente seus, de modo que a perseguição daqueles interesses não fica confiada ao mero arbítrio do titular de uma faculdade”⁹⁰.

Enquanto poder-funcional, o exercício do poder familiar deve atender a um dever fundamental, ou seja, o seu titular deve administrá-lo para auxiliar na formação da personalidade da pessoa em desenvolvimento, segundo os traços característicos da dignidade humana. Este é o limite mínimo do exercício do poder familiar e o responsável de movimentar tais prerrogativas será fiscalizado pelo Estado

⁸⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 19.

⁸⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. In: **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo. v. 97, jan./dez. 2002. p. 141-146. O autor explica que, na primeira categoria jurídica, enquadram-se as doutrinas dos autores José Antônio de Paula Santos Neto e Roberto João Elias; na segunda, a maior parte dos autores, tais como Manuel A. Domingues de Andrade, Carlos Alberto da Mota Pinto, Louis Josserand e Giuseppe Lumia, dentre outros; e na terceira, o autor Antunes Varela.

⁹⁰ LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1981. p.120.

e pela sociedade civil⁹¹.

O poder familiar é um “poder-dever que nasce de raízes naturais, mas não está a salvo de deparar-se com obstáculos que lhe reduzam as possibilidades ou até mesmo o sujeitem à perda de todas as prerrogativas que lhe são inerentes”⁹².

O seu exercício compreende o cumprimento dos deveres presentes na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil e se estende, em regra, durante todo o período da menoridade. Todavia pode ser suspenso, destituído ou extinto⁹³.

Cumpra mencionar que o poder familiar não se extingue com o divórcio ou a dissolução da união estável. A autoridade parental prevalece, em igualdade de condições dos pais, na família matrimonial desfeita, assim como em qualquer modelo adotado de família⁹⁴. Sobre esse tema, Eduardo de Oliveira Leite explica que o divórcio separa marido e mulher, mas não anula os laços que vinculam os pais a seus filhos, de modo que a ruptura do casal não tem o condão de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação⁹⁵.

Dentre as principais características do poder familiar, a doutrina tem concordado em estabelecer o poder familiar como irrenunciável, inalienável e

⁹¹ PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. In: **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo. v. 97, jan./dez. 2002. p. 161-162.

⁹² STRENGER, Guilherme Gonçalves. O poder familiar no novo código civil. In: **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, v. 3, n. 2, 2ª quinzena jan./2003. p. 46.

⁹³ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. p. 33-36. Cumpra aqui tecer a seguinte diferenciação: A suspensão é medida temporária, admite reintegração e dá-se por decisão judicial quando pai ou mãe abusar de seu poder, faltando com os seus deveres (CC, art. 1.637). Já a destituição é definitiva e ocorre quando um ou ambos os pais incidem em falta grave aos deveres inerentes à autoridade parental, consistente no castigo imoderado, abandono ou prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (CC, art. 1.638), descumprindo os deveres de sustento, guarda e educação (ECA, art. 22). A extinção, por sua vez, decorre da morte de um dos polos da relação jurídica, da emancipação, da maioridade e da adoção precedida da destituição do poder familiar dos pais biológicos.

⁹⁴ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. p. 36.

⁹⁵ LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica dos pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 192.

imprescritível. Há, porém, em relação à irrenunciabilidade, uma vertente crítica fundamentada, que consegue divisar no instituto elementos que apontam para a possibilidade de sua renúncia⁹⁶.

Quando dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 45, *caput*, que “a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando” e, no parágrafo primeiro, que “o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder”, parece prever uma hipótese em que os titulares do poder familiar podem renunciá-lo, dando ensejo à sua transferência para os pais adotivos. Também a emancipação, causa de extinção do poder familiar (CC/2002, art. 1.635, II), pode ser considerada como hipótese de renúncia ao poder familiar. Por tais razões, Vicente de Paula Ataíde Junior defende que não se pode elevar a irrenunciabilidade como característica essencial do poder familiar⁹⁷.

Ao tecer considerações sobre o assunto, Josiane Rose Petry Veronese ensina que o poder familiar é, por sua natureza, um complexo de direitos e deveres intransferível, irrenunciável, imprescritível e indisponível, não podendo ser objeto de simples abandono ou de transferência, salvo neste último caso, por determinação judicial, haja vista a garantia constitucional do direito à convivência familiar conferido às crianças e aos adolescentes⁹⁸.

1.3 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS E REGRAS NO DIREITO BRASILEIRO

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil, foi o primeiro instrumento específico a surgir, com real importância, em favor da criança. Traz todo o arcabouço diferenciador do que significa a passagem da criança-objeto para a criança-sujeito de direitos. Todavia, não conseguiu alterar, de modo

⁹⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 31.

⁹⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 32-33.

⁹⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 36.

concreto, o quadro político-jurídico-social da infância⁹⁹, pois sugere princípios de natureza moral sobre a matéria, representando basicamente sugestões de que os Estados podem se utilizar ou não, sem impor qualquer obrigação¹⁰⁰.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/89 e ratificada pelo Decreto n. 99.710/90, diferentemente, tem natureza coercitiva. Representa um conjunto de deveres e obrigações aos que a ela formalmente aderiram e exige de cada Estado-Parte que a subscreve e ratifica a não violação de seus preceitos e a adoção de medidas positivas para promovê-los¹⁰¹.

Na Convenção, evidencia-se a concepção internacional do poder familiar como “conjunto de direitos, deveres e responsabilidades dos pais, conferidos em função do interesse maior da criança”¹⁰² e o consenso de que existem alguns direitos básicos universalmente aceitos, essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso da criança¹⁰³.

Merece destaque o seu artigo 19, que manifesta a obrigação de proteger as crianças contra toda forma de violência e estabelece a necessidade de os Estados elaborarem programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada às crianças e às pessoas encarregadas de seu cuidado.

Artigo 19

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.
2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado,

⁹⁹ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação Socioafetiva**. p. 86.

¹⁰⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999, p. 97.

¹⁰¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

¹⁰² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 40.

¹⁰³ PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90: estudos sócio jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 67.

procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

A Convenção também determina aos Estados-Partes que tomem os cuidados imprescindíveis para a manutenção da família natural, estabelecendo a observância do princípio da legalidade e a jurisdicionalização da perda ou suspensão do poder familiar, decretadas somente em casos excepcionais.

Artigo 9º

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada de seus pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte dos pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

Outro diploma internacional importante para o estudo do poder familiar é a Declaração de Estocolmo, elaborada em maio de 2003, na Conferência Internacional sobre a Criança e a Assistência Residencial. Com texto inovador, agrega mais um dever dos governos, no tocante às crianças acolhidas: o desenvolvimento de sistemas alternativos de atendimento para evitar que crianças sejam retiradas do cuidado de suas famílias, recorrendo ao cuidado institucional somente como último recurso¹⁰⁴.

No ordenamento jurídico interno, o exercício do poder familiar tem como fonte de orientação o Código Civil, que traça normas destacando, de um lado, os direitos e deveres pessoais e, de outro, os patrimoniais¹⁰⁵.

O instituto do poder familiar, chamado até 2002 de pátrio poder,

¹⁰⁴MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.) **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144.

¹⁰⁵ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 41-42.

estava previsto no Código Civil de 1916 (Parte Especial, Livro I, Título V, Capítulo VI, artigos 379 a 395). Hoje, a matéria encontra-se disciplinada no Código Civil de 2002, Lei 10.406 (arts. 1630 a 1638 e 1689 a 1693), e também em legislação extravagante, como na Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), Lei 6.515/77 (Divórcio e Separação Judicial); Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e Lei 8.560/92 (Investigação de Paternidade)¹⁰⁶.

Logo se percebe a tentativa de adaptar a regulamentação das relações entre pais e filhos a um novo modelo de unidade familiar, mais flexível, que não tem por origem apenas a “instituição casamento” e seu tradicional trinômio “marido - mulher - filhos legítimos”¹⁰⁷.

O legislador constitucional reservou à criança e ao adolescente um importante espaço de garantias, não somente aquelas previstas nos art. 227, *caput*, mas também em outros textos correlatos, como nunca acontecera no Brasil¹⁰⁸. Conforme ensina Sarlet, existem, na Constituição, outros direitos fundamentais “implícitos” ou “decorrentes”, em razão, também, do que dispõe o art. 5º, § 2º, ao admitir a inclusão de outros direitos, inclusive de tratados internacionais, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰⁹.

A Constituição de 1988 revogou tacitamente a norma correspondente do Código de 1916, não permitindo diferenças quanto à igualdade de direitos e deveres entre o pai e a mãe. Em seu artigo 226, § 5º, dispôs expressamente que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Antes, o exercício era do marido em colaboração com a mulher, e, em caso de divergência, prevaleceria a decisão paterna, podendo a mãe recorrer ao juiz para que fosse dirimida a controvérsia. Foram eliminadas as

¹⁰⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 22.

¹⁰⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 23-24.

¹⁰⁸ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 61.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

expressões “colaboração da mulher” e “durante o casamento”, existentes no art. 380 do antigo Código Civil, fazendo subentender os termos “atuação conjunta e igualitária” e “durante o casamento e a união estável, ou, durante a existência da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”¹¹⁰.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, também foi claro em relação à igualdade entre os pais, estabelecendo em seu art. 21 que 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. O atual Código Civil não destoou dessas orientações, em seus artigos 1.565 e 1.567.

Mesmo que dissolvida a união existente entre os pais, estes manterão a titularidade do poder familiar, pois as relações com os filhos não se alteram. No entanto, aquele que ficar responsável pela guarda dos filhos, terá o exercício do poder familiar, o que não significa que o outro deixe de ser seu titular conjunto, pois, se discordas, poderá recorrer ao magistrado para solucionar a divergência (ECA, art. 21 e CC, art. 1.631)¹¹¹.

As modificações contemporâneas ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao poder familiar nos casos de separação ou divórcio tiveram como escopo a intenção de respeitar o direito fundamental da criança de manter relações pessoais com ambos os pais, em consonância com o previsto no art. 9º da Convenção dos Direitos da Criança¹¹².

O comando contido no art. 227, § 6º, da Constituição de 1988 instituiu a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não na relação de casamento, ou adotivos, o antigo texto do diploma de 1916 perdeu completamente

¹¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 24-25.

¹¹¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 27.

¹¹² PEREIRA, Regiane Cristiane. O poder familiar e o direito de guarda no direito comparado: recepção e aplicabilidade do artigo 9 da Convenção de Direitos da Criança de 1989. In: **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões. v. 10, jul./ago., 2015. p. 126.

sua vigência, motivo pelo qual não houve mais justificativa para se dispensar tratamento diferenciado aos filhos anteriormente denominados “legítimos”, “ilegítimos”, “legitimados” ou adotivos¹¹³.

A Constituição de 1988 prevê o princípio do atendimento compartilhado às crianças e adolescente ou princípio da cooperação¹¹⁴, atribuindo, no art. 227, à família, à sociedade e ao Estado a tarefa de assegurar-lhes os direitos.

Nesse quadro, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Em complemento, o art. 226, § 8º, conferiu ao Estado o dever de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações¹¹⁵.

A família ocupa a primeira posição na ordem de precedência, pois é o órgão imediato de formação da criança e do adolescente. A sociedade civil está em segundo lugar, pois precede o organismo estatal na existência, o qual é produto dela e a ela deve servir. O Estado coloca-se em terceiro lugar, com a função de zelar pelos serviços públicos como representante da sociedade na gestão dos poderes que a ela pertencem. Os três círculos sociais aparecem relacionados no *caput* do art. 226 da Constituição Federal: “a *família*, base da *sociedade*, tem especial

¹¹³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 23.

¹¹⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coords.). **Cuidado e responsabilidade**. p. 145. Segue a redação do dispositivo constitucional mencionado: “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”.

¹¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 30.

proteção do *Estado*”¹¹⁶.

Não foi sem propósito que a Constituição e o Estatuto mencionaram os pais em primeiro lugar, dentre aqueles a quem se impõe responsabilidade quanto à criança e ao adolescente. A responsabilidade dos pais decorre do direito natural, anterior ao Estado, pois a dependência do filho provém da própria condição humana. Mesmo que não houvesse norma no ordenamento jurídico que impusesse aos pais a responsabilidade por seus filhos menores, estes, por falta de condições biopsicológicas, dependeriam daqueles, de forma vital. Portanto, os pais são responsáveis naturais por seus filhos¹¹⁷.

Neste ponto, Alexandre Moraes da Rosa afirma que não se pode confundir pai com genitor, nem mãe com genitora. Assumir a função de pai ou de mãe “é dar à criança o acesso ao simbólico, ou seja, à linguagem, ocupando o lugar de referência”¹¹⁸. Portanto, a concepção ultrapassada de que pai e mãe são quem geraram a criança deve ser rejeitada, dado que estes são os genitores. Pai e mãe, por outro lado, são os que ocupam, no dia-a-dia, as respectivas funções: paterna e materna.

Essa função paterna e materna caracteriza-se como verdadeiro *munus* público, agregando direitos e deveres que são concedidos aos pais pelo Estado, para que eles zelem pelos filhos, dando-lhes assistência moral e material¹¹⁹.

Ao analisarmos os dispositivos do Código Civil de 2002 concernentes ao poder familiar, verificamos que o art. 1.634 prevê como poderes/deveres inerentes aos pais a guarda dos filhos, a educação, a representação ou a assistência, a administração dos bens, a proteção contra situação de risco e o

¹¹⁶ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. In: **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo. v. 97, jan./dez. 2002. p. 169.

¹¹⁷ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

¹¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança: a questão da destituição do poder familiar. In: **Revista do advogado**, v. 28, n. 101, dez./2008. p. 11. O autor refere LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. v. 3. p. 329, que bem aponta a situação: “Que pode querer dizer ser pai? [...] copular com uma mulher, que ela porte em seguida alguma coisa durante certo tempo em seu ventre, que esse produto acabe por ser ejetado - jamais terminará por constituir a noção do que é ser pai”.

¹¹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. p. 60.

consentimento matrimonial.

O dever de criação figura em primeiro lugar no elenco de deveres dos genitores por ser consequência natural da paternidade e da maternidade; nele se incluem todos os meios materiais necessários ao desenvolvimento da criança ou adolescente, tais como os deveres de alimentação, de moradia, de preservação, da saúde, de vestuário, de acautelamento de acidentes, de convívio harmônico e respeitoso, etc., de modo a propiciar aos filhos um crescimento saudável. O dever de educação entende-se como o empenho dos pais em formar emocional e cognitivamente os filhos, inculcando-lhes valores para uma vivência harmoniosa em sociedade. O dever de guarda, por seu turno, é um dos atributos mais importantes do poder familiar, pois será ao lado dos genitores que os filhos estarão mais eficientemente protegidos dos males físicos ou morais que venham afetar-lhes¹²⁰.

Os deveres atribuídos aos pais pelo Código Civil não diferem em muito daqueles previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, o qual dispõe, no art. 22, que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, bem como a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse destes.

Não raro verifica-se flagrante violação por parte dos genitores dos deveres inerentes ao poder familiar, em desobediência injustificada aos supracitados dispositivos, além da prática de atos contrários a moral e aos bons costumes, negligência ou castigos imoderados. Tais infringências poderão resultar na suspensão ou destituição do poder familiar. A não observância desses deveres pode configurar, ainda, os crimes de abandono material, abandono moral e abandono intelectual, capitulados nos artigos 244 a 247 do Código Penal.

1.4 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Os pais, no exercício do poder familiar, têm uma série de encargos previstos na Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro e no Estatuto

¹²⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 30-32.

da Criança e do Adolescente. Mas, infelizmente, é preciso reconhecer que há pais que não desejam exercer a paternidade ou maternidade e que, embora não demonstrem desejo fazê-lo com responsabilidade, também não concordam que seus filhos sejam colocados em outras famílias; “preferem que continuem acolhidos e até mesmo que a decisão seja tomada pelo juiz, porque, talvez assim, sintam-se menos culpados pela situação de abandono em que deixaram seus filhos”¹²¹. Outros não reúnem condições psicológicas, afetivas e sociais para o exercício do poder familiar.

Nesses casos, tem lugar o instituto da destituição do poder familiar: medida excepcional e transitória, sem caráter sancionatório, voltada para a colocação em família substituta e que só deve ser aplicada quando esgotados todos os recursos da política de atendimento e proteção aos direitos da criança e do adolescente¹²².

O Estado é legitimado a interferir no âmbito da família para defender as crianças e os adolescentes, reservando-se o direito de fiscalizar o adimplemento dos encargos do poder familiar. É preciso preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso o Poder Público precise afastá-los do convívio de seus pais.

Cabe aqui proceder à diferenciação entre “extinção”, “suspensão” e “destituição ou perda” do poder familiar.

A extinção do poder familiar se opera em decorrência natural da verificação dos fatos jurídicos previstos no art. 1.635, incisos I e IV, do Código Civil: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade e adoção. Esta última hipótese restringe-se à adoção consensual, com consentimento dos pais, em procedimento de jurisdição voluntária, no qual não é necessária a decretação judicial da perda da autoridade parental¹²³.

¹²¹ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 91.

¹²² CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. p. 76.

¹²³ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 44. O autor explica que o inciso V do art. 1.635 do Código Civil (por decisão judicial, na forma do art. 1.638) não ocasiona propriamente a extinção do poder familiar, mas a sua perda.

A perda, também chamada de destituição do poder familiar, decorre da violação de deveres jurídicos estabelecidos aos pais e somente se verifica por ato judicial, em procedimento contencioso, garantidos o contraditório e a ampla defesa, nas hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil, aliado ao art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente: castigos imoderados, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e, incidência reiterada nessas faltas, em descumprimento injustificado dos deveres impostos pelo art. 22 do Estatuto¹²⁴. A destituição poderá atingir apenas um dos pais ou ambos e restringir-se a um só dos filhos, quando o ilícito não afetar também os outros¹²⁵.

A suspensão do poder familiar decorre, igualmente, do abuso ou negligência dos pais no exercício do poder familiar, porém é menos severa do que a destituição, ante o seu caráter temporário. Pode atingir apenas determinadas parcelas do poder familiar, não se aplica necessariamente a todos os filhos e não exime os pais de prestarem alimentos. É medida reservada a casos de menor gravidade ou aplicada de forma incidental nas ações de destituição do poder familiar (ECA, art. 157)¹²⁶.

O art. 1.637 do Código Civil/2002, repetindo o art. 394 do revogado Código Civil/16, estabeleceu hipóteses genéricas ensejadoras da suspensão do poder familiar, às quais se acrescenta uma terceira hipótese prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: o descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar (ECA, art. 24 c/c art. 22)¹²⁷.

Note-se que o reforço estatutário nas diretrizes do exercício do poder familiar passa a ter grande importância, pois eleva à causa para suspensão do poder familiar o “descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”¹²⁸.

¹²⁴ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 44.

¹²⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 43-44.

¹²⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 45.

¹²⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 41.

¹²⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 43.

Poderão ter suspenso o poder familiar, o pai ou mãe condenados por sentença penal transitada em julgado, a crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão (CC, art. 1.637). Exclui-se, portanto, a condenação por contravenções penais ou a penas que não constituam prisão. Percebe-se aqui a necessidade de uma interpretação restritiva da matéria: ao prever condenação por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, o legislador parece pretender suspender o poder familiar dos pais que estivessem impossibilitados de exercer o poder familiar por estarem reclusos em estabelecimento prisional, não podendo cumprir com seus deveres parentais por um considerável espaço de tempo, ante a restrição físico-espacial. Por isso, não se justifica a incidência do art. 1.637, parágrafo único, do Código Civil, nos casos em que a condenação criminal a pena superior a dois anos fixe regime prisional aberto, que não exige a segregação do genitor¹²⁹.

Some-se a previsão do art. 92, inciso II e parágrafo único, do Código Penal, que estabelece a incapacidade para o exercício do poder familiar como um efeito específico da condenação, no caso dos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra o próprio filho, em que a condenação penal ensejar a convicção de que o pai ou a mãe criminosos representam risco para o sadio desenvolvimento do filho. Nessa hipótese, a perda ou suspensão do poder familiar pode ser decidida pelo próprio juiz criminal sentenciante, fazendo-se despendendo ação própria para tanto¹³⁰.

A destituição do poder familiar é medida mais gravosa, mas tantas vezes necessária, que atinge os direitos elementares da pessoa humana: atinge o direito da personalidade (porque, com a adoção, pode haver até a troca do nome da criança); atinge o direito natural da pessoa, da constituição de prole e de origem; atinge o direito dos pais de criarem e terem consigo os seus filhos (CC, art. 384); atinge o direito dos filhos de serem criados e educados no seio de sua família natural (ECA, art. 19). Enfim, a medida deve ser utilizada como último recurso, a “ultima ratio”, contra o mau desempenho culposos dos deveres dos pais em relação a

¹²⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 46.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 124.621/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.04.1999 – DJU 28.06.1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8391239/recurso-especial-resp-124621-sp-1997-0019838-3>. Acesso: 20 jul. 2016.

seus filhos¹³¹.

Denise Damo Comel¹³² ensina que:

[...] a medida é por demais grave e de sérias consequências, de modo que somente poderá ser tomada quando se tiver certeza de sua necessidade. O aplicador da lei deverá considerar ponderadamente a hipótese, de modo a não decretar a perda do poder familiar quando não seja estritamente necessária aos interesses e à proteção do menor.

No que diz respeito às causas ensejadoras da destituição do poder familiar, o art. 1.638 do atual Código Civil estabelece que 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.

Comentando o inciso I do supracitado dispositivo, Josiane Rose Petry Veronese registra não concordar com o uso do termo “castigo imoderado”, pois tal linguagem encontra-se na contramão do efetivo Direito da Criança e do Adolescente, segundo o qual nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de violência, crueldade e opressão (ECA, art. 4º)¹³³.

O abandono, previsto no inciso II do art. 1.638, pode ser tanto o material, quanto o moral ou intelectual, exigindo-se o ânimo de definitividade por parte dos pais, eis que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (ECA, art. 23). Todavia, há grande dificuldade prática em se determinar quando realmente ocorre o abandono voluntário, punível pela lei, ou o abandono decorrente da pobreza, da situação caótica, sem expectativa e sem esperança dos pais¹³⁴.

O inciso III trata da prática de atos indignos, desonrados, que

¹³¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. A ação da destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000. p. 265.

¹³² COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003. p. 291.

¹³³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 44.

¹³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 44-45.

serão examinados, caso a caso, pelo Juiz da Infância e da Juventude, segundo a evolução dos costumes e a possibilidade de o ato contaminar a formação moral dos filhos¹³⁵.

A reincidência genérica ou específica na omissão dos deveres parentais foi introduzida no elenco das causas da perda do poder familiar, o que constitui a novidade do inciso IV do art. 1.638 e merece séria reflexão¹³⁶.

A incidência reiterada em faltas que permitam a perda do poder familiar haverá de exigir, pela complexidade da norma do inciso IV, maior profundidade do exame da reiteração e do próprio conteúdo das faltas imputadas aos pais, avaliadas isoladamente, em juízo inicial de valoração, certo de que a reiteração em si mesma não configura a gravidade, mas sim a natureza de determinadas faltas¹³⁷.

A respeito da novidade do inciso IV do art. 1.638, Luiz Edson Fachin comenta:

Às diversas hipóteses então existentes acrescenta o novel legislador a reiteração das faltas como apta à perda do poder familiar por ato judicial. Aparentemente pode soar estranho esse fato, qual seja o de prever faltas ensejadoras de perda do poder familiar e, ao mesmo tempo, dispor que a reiteração de tais faltas conduza ao mesmo resultado. Inferência lógica asseveraria não ter razão atribuir esse efeito à reiteração da falta para gerá-lo. Nada obstante, olhar mais atento explicitará experiência forense que encontra, não raro, dificuldade de mensurar a gravidade de uma ou de outra falta cometida. Daí por que tem acertado sentido prático protetivo o inc. IV do artigo em comento¹³⁸.

Importa admitir que a expressão "reiteradamente", significando continuidade de atos faltosos, reiteração, em vez de simples repetição, deve ser

¹³⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. p. 46.

¹³⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de autoridade ou omissão de dever para a perda do poder familiar: breves considerações sobre o inc. IV do art. 1.638 do novo CC. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 111.

¹³⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de autoridade ou omissão de dever para a perda do poder familiar: breves considerações sobre o inc. IV do art. 1.638 do novo CC. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. p. 113.

¹³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco**. Rio de Janeiro. Forense, 2003. v. 18. p. 258-259.

recepcionada em seu objetivo de proteger o filho da exorbitância do abuso de direito ou omissão de dever, o que envolve, necessariamente, uma aferição objetiva no caso concreto¹³⁹.

No passado, a carência de recursos materiais era suficiente para se declarar a perda do pátrio poder. O Código de Menores (Lei n. 6.697/79) penalizava duplamente as famílias carentes, pois além da falta de recursos materiais, estavam elas sujeitas a perderem o direito de educar e ter os seus filhos consigo. Hoje, graças ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a pobreza, por si só, não autoriza a decretação da perda ou suspensão do poder familiar, pois a criança e o adolescente devem, sempre que possível, ser mantidos no seio da família natural, devendo o Poder Público, obrigatoriamente, tomar as medidas necessárias para incluir as famílias carentes em programas oficiais de auxílio¹⁴⁰.

A intervenção estatal é fundamental para que as famílias possam se beneficiar de uma estrutura mínima para a criação de seus filhos, não se concebendo que uma situação de grave omissão do Poder Público, violadora dos direitos básicos da criança e do adolescente, seja interpretada como descumprimento dos deveres dos pais para com os filhos¹⁴¹.

A regra do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente visa a proteger os pais pobres, porém diligentes no cuidado dos filhos; amparar aqueles que lutam com dificuldades, mas que não desistem dos filhos; tutelar o interesse dos pobres em preservar a prole, “manifestado pelo inconformismo de quem não se acomoda, de quem não se omite nas tentativas de propiciar uma vida mais digna aos filhos, de quem aceita as orientações e oportunidades que necessariamente lhe devem ser ofertadas pelos órgãos de assistência social”¹⁴².

¹³⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de autoridade ou omissão de dever para a perda do poder familiar: breves considerações sobre o inc. IV do art. 1.638 do novo CC. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. p. 120.

¹⁴⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 64.

¹⁴¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 65.

¹⁴² CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 36-37.

As medidas de proteção deverão incluir procedimentos eficazes para o estabelecimento de programas sociais que proporcionem uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como outras formas de prevenção e identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento de casos de maus tratos e, quando apropriado, intervenção judiciária (art. 19, CNDC)¹⁴³.

A destituição do poder familiar não se reveste de uma sanção imposta aos pais, mas de uma medida de proteção à criança e ao adolescente, que têm direito à convivência familiar e comunitária (ECA, art. 19), ainda que em família substituta. Tal medida só será decretada judicialmente quando observado o procedimento contraditório, garantida a ampla defesa, e somente nas situações enumeradas na legislação civil (art. 1.637 e 1.638) ou no caso de descumprimento injustificado do disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 129 do Estatuto enumera outras medidas que poderão ser aplicadas aos pais ou responsáveis antes da medida extrema. Todavia, a gravidade das situações vivenciadas muitas vezes autoriza a destituição do poder familiar. Em algumas famílias constata-se a ausência das mínimas condições pessoais dos genitores para o exercício do poder familiar, haja vista que negligenciam os cuidados demandados pelos filhos e violam as obrigações de assistência moral, material e afetiva.

A medida de destituição do poder familiar é drástica, porém muitas vezes necessária para assegurar os superiores interesses da criança ou do adolescente, os quais não podem permanecer em abandono, por ação ou omissão de seus genitores, sob o risco de serem violadas as prerrogativas constitucionais e os mais mezinhos cuidados necessários aos filhos¹⁴⁴.

A privação do poder familiar requer uma conduta intencional ou culposa dos pais, isto é, uma ação ou omissão praticada com dolo ou culpa. Para uma

¹⁴³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 66.

¹⁴⁴ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Destituição do poder familiar**: relevantes aspectos jurídicos a serem considerados. In: Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, v. 98, jan./mar. 2014, p. 43.

perfeita verificação da situação de fato, é importante que sejam realizadas, junto à família das crianças e adolescentes, avaliações por assistentes sociais e equipe interprofissional, que poderão analisar de forma objetiva o comportamento das pessoas envolvidas e os riscos e consequências advindas de seus atos¹⁴⁵.

As consequências jurídico-sociais decorrentes da prestação jurisdicional estudada são extremamente graves: perder o poder familiar, ou mesmo vê-lo suspenso, equivale a deixar de ser pai ou mãe e, em outro polo, a deixar de ser filho. Com a decretação da perda do poder familiar, abrem-se novas possibilidades de vida em família, principalmente por meio da adoção, que rompe definitivamente os vínculos familiares anteriores.

Por isso, impõe-se a precisa definição dos contornos jurídicos da ação, preconizados pelo Estatuto e temperados pelo novo Código Civil, balizando seus limites e clarificando a sua aplicação, de modo a evitar a “profusão de expropriações descriteriosas do poder familiar e o afastamento da criança da sua família natural como meio mais fácil e econômico para a solução do problema social da exclusão e do abandono, guiado mais pelo interesse dos pretensos adotantes do que pelo interesse do infante”¹⁴⁶.

Com relação ao procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar, a Lei 8.069/90 adotou sistemática própria, regulando a matéria em seus artigos 155 a 163, diferentemente do revogado Código de Menores, que remetia a ação para o rito ordinário do Código de Processo Civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe regras procedimentais na esfera cível (art. 152 a 170) que se sobrepõem ao diploma processual civil (atual Lei n. 13.105/15) e ditam procedimentos mais céleres. Coloca-se na esfera jurídica brasileira como um “microssistema especializado” que pretende ter o Código de Processo Civil como diploma legal de aplicação subsidiária¹⁴⁷.

¹⁴⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.** p. 67.

¹⁴⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar.** p. 17.

¹⁴⁷ DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

Objetivou-se, com o novo procedimento, a simplificação necessária à celeridade do processo, com vista à efetividade e à proteção integral da criança e adolescente.

Todavia, a ação, redesenhada pelo Estatuto, não recebeu, ainda, maior atenção por parte da doutrina nacional: “é tema que não tem sido vislumbrado detidamente pela doutrina. [...]. As posições doutrinárias, no mais das vezes, repetem-se desde a vigência do anterior Código de Menores”¹⁴⁸.

O procedimento previsto a partir do art. 155 do Estatuto serve tanto para a perda como para a suspensão do poder familiar e destina-se a obter uma prestação jurisdicional que proteja a criança ou adolescente em situação de risco, ocasionada pela falta, omissão ou abuso dos pais (ECA, art. 98, II)¹⁴⁹.

No tocante à denominação da ação, apesar da maciça utilização pela doutrina da expressão “destituição” do poder familiar, inclusive escolhida para dar título a esta obra, a referência legal adotou a terminologia “perda” do poder familiar. Note-se que a utilização da palavra destituição não é errada; significa “ato ou efeito de destituir; demissão, deposição; falta, carência, privação”. Destituir, por sua vez, significa “privar de autoridade, dignidade ou emprego, exonerar, demitir”¹⁵⁰.

As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé (ECA, art. 141, § 2º).

A legitimação ativa para a ação está prevista no art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode o Ministério Público ou quem tiver legítimo interesse, requerer tanto a perda como a suspensão do poder familiar.

O “legítimo interesse” referido pela lei deve se caracterizar por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança ou adolescente vitimados pela conduta dos pais. Assim, por esta definição,

¹⁴⁸ FONSECA, Antônio César Lima da. **A ação de destituição do pátrio poder**. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000. p. 261.

¹⁴⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 66.

¹⁵⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 577.

explica-se por que o vizinho da residência em que as crianças são vítimas de maus-tratos, embora demonstrando sua preocupação e indignação pelo fato, não detém legitimação ativa para propor ação destituidora, pois, em princípio, não possui o necessário interesse pessoal de exercer o poder familiar sobre as crianças. Da mesma forma, os credores dos infantes, pois seu interesse não está diretamente relacionado com a proteção da criança ou adolescente, mas sim, com o adimplemento das dívidas contraídas. Com este referencial teórico, percebe-se como dotados de legítimo interesse para ação de destituição do poder familiar: os familiares da criança ou adolescente (ascendentes, colaterais e mesmo os parentes por afinidade); aqueles que, embora não sendo parentes, detêm interesse pessoal em se tornarem responsáveis pela criança ou adolescente, de forma definitiva, visando à sua proteção (pretendentes a adoção)¹⁵¹.

Em síntese, a legitimidade ativa para a ação de perda do poder familiar é concorrentemente atribuída ao Ministério Público ou a quem tenha “legítimo interesse familiar, moral ou jurídico em ver desconstituída a relação, seja este algum parente ou o próprio menor de idade, representado pela mãe ou pelo pai, seja terceiro que pretenda adotá-lo”¹⁵².

Por ser procedimento de jurisdição contenciosa, veda-se a instauração de ofício pelo Juiz, que deverá manter-se inerte até a legítima provocação. Contudo, naturalmente, nada o impede de, tomando conhecimento de maus tratos contra criança ou adolescente, noticiar o fato ao Ministério Público, para que sejam tomadas as providências previstas pela lei¹⁵³.

Da mesma forma, o Conselho Tutelar, órgão encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (ECA, art. 131), não detém legitimidade para propositura da ação. Deve representar ao Ministério Público para tal finalidade, quando observar que as medidas de proteção e

¹⁵¹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 74-76.

¹⁵² VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 194.

¹⁵³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 194.

as medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis demonstram-se insuficientes, seja pelo seu descumprimento, pela desídia ou pela manutenção da omissão em relação à proteção integral devida à criança e ao adolescente (ECA, art. 136, XI).

Na ação para perda ou suspensão do poder familiar, não se admite a desistência, pois a demanda envolve direitos e interesses que estão acima do poder de disponibilidade do autor: a proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Caso o autor deixe de dar andamento à causa, a ação deverá ter seu prosseguimento determinado até solução final do litígio, podendo o Ministério Público ou outro detentor de legítimo interesse assumir o polo ativo da demanda, por analogia ao art. 210, § 2º, do ECA ou art. 9º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular)¹⁵⁴.

Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, somente os que exercem o poder familiar poderão ser demandados na ação, o pai e a mãe, assim estabelecidos em decorrência da relação jurídica de filiação¹⁵⁵. Logo, é imprescindível, para a propositura da demanda, a prova pré-constituída do estado de filiação, consubstanciada na certidão de nascimento da criança ou adolescente, a qual evidenciará a legitimidade passiva.

Caso o requerido não tenha atingido a maioridade e esteja submetido ao poder familiar dos pais, à tutela ou curatela, haverá a exigência, para fins processuais, de sua representação ou assistência (NCPC, art. 71). Caso não tenha representantes legais ou os interesses destes colidirem com os seus, ser-lhe-á nomeado curador especial (ECA, art. 142, parágrafo único, e NCPC, art. 72).

Enquanto perdurar o poder familiar, exercitável é a ação para sua destituição ou suspensão, não se submetendo a prazo prescricional, ante a causa impeditiva arrolada no art. 197, II, do Código Civil, tampouco a prazo decadencial, por se tratar de pretensão constitutiva sem o estabelecimento de prazo para o seu exercício¹⁵⁶.

No tocante às modalidades de intervenção de terceiro, a

¹⁵⁴ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 104.

¹⁵⁵ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 77.

¹⁵⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 137.

jurisprudência já entendeu ser possível a assistência simples, na ação de destituição do poder familiar, pelo guardião da criança ou adolescente que não pretende a sua adoção; o interesse dele, no caso, consubstancia-se na manutenção da guarda¹⁵⁷. A doutrina também vislumbra ser possível a ocorrência de oposição, na hipótese específica de ação de destituição do poder familiar cumulada com adoção, quando oferecida pelo guardião da criança para requerer que a adoção lhe seja deferida em detrimento dos pretensos adotantes (autores da ação principal) e dos genitores (réus da ação principal)¹⁵⁸.

A autoridade judicial competente para o processamento e julgamento da demanda será o juiz atuante na Vara da Infância e da Juventude, ou a sua falta, aquele a quem a Lei de Organização Judicial local atribuir as mesmas funções, na forma do art. 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de regra de competência absoluta (competência em razão da matéria), sendo inderrogável por convenção das partes ou por prorrogação¹⁵⁹.

O art. 148 do Estatuto opera uma diferenciação quanto às ações que serão propostas, com exclusividade, no Juízo da Infância e da Juventude (incisos I ao VII), e aquelas que, podendo também ser instauradas no Juízo cível comum (Varas de Família), o serão na Vara da Infância e da Juventude Justiça, quando ameaçados ou violados os direitos da criança ou do adolescente (ECA, art. 98). A petição inicial das ações de suspensão ou destituição do poder familiar deverá sempre ser dirigida ao Juiz da Infância e da Juventude, pelo fato de a criança ou adolescente se encontrar na situação anotada no art. 98, inciso II, do Estatuto¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 258-259. O autor refere o julgado: TJSP, MS 16.274-0/1, Câmara Especial, Rel. Des. Cunha Camargo, j. em 21.01.1993.

¹⁵⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 84.

¹⁵⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 196.

¹⁶⁰ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 215. Sobre o assunto, cite-se também a lição de LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 170-171: “O parágrafo único do art. 148 é o marco divisório determinante da competência da Justiça da Infância e da Juventude. Em outras palavras, o juiz especializado só será competente se a criança ou o adolescente estiverem com seus direitos ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; e em razão de sua conduta (art. 98). [...] Assim, p. ex., se se trata de uma

Para a definição da competência territorial, o Estatuto da Criança e do Adolescente traça regras especiais no art. 147. Tais preceitos, porém, somente serão aplicados para fixação da competência de foro, quando já definida a competência do Juízo da Infância e da Juventude (ECA, art. 146 e 148) ¹⁶¹.

Válter Kenji Ishida sustenta que as regras insertas no art. 147, incisos I e II, do Estatuto traduzem uma exceção ao princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*”, pois, nos procedimentos afetos à infância e à juventude, vigora o princípio do juízo imediato, segundo o qual “o juízo competente é o mais próximo do menor, seja quando possui domicílio igual ao dos pais, seja quando se encontram os genitores em local incerto e não sabido”¹⁶².

Vicente de Paula Ataíde Junior apresenta insurgência sobre o assunto:

[...] pode-se até aceitar a flexibilização da *perpetuatio jurisdictionis* quando se depara com procedimento de jurisdição voluntária tramitando perante a Justiça da Infância e da Juventude, em que não há lide e não existem partes nem controvérsia. Mas nas ações que envolvem verdadeiras lides, em processo contencioso, não é possível afastar o princípio da perpetuação da competência, sem criar uma situação de insustentável insegurança jurídica. As ações para perda e suspensão do poder familiar, mesmo que cumuladas com adoção, inserem-se nesta hipótese. Nelas, apesar do objetivo de resguardar a criança, insere-se uma relação processual típica, na qual o Ministério Público ou outro legitimado apresenta-se como autor, e os pais faltosos aparecem como réus. A criança ou adolescente, em regra, não é parte da ação. [...] Os pais serão os que, diretamente, terão que suportar os efeitos da sentença, uma vez destituídos de sua autoridade sobre os filhos. [...] admitir que o critério do juízo imediato tenha o condão de afetar a competência fixada no momento da propositura da ação destituidora será constranger o direito de defesa dos pais, que ficará ameaçado ante à possibilidade de mudanças supervenientes na competência de foro¹⁶³.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se

ação proposta pela mãe divorciada, visando à modificação de guarda, homologada por acordo na Vara da Família [...], o juiz competente será aquele que processou a separação, pois, no caso, existe apenas uma disputa pela guarda do filho, não ficando caracterizada qualquer ameaça ou violação de seus direito”.

¹⁶¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 87.

¹⁶² ISHIDA, Válter K. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224.

¹⁶³ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 89-91.

manifestar sobre o assunto, mantendo o entendimento de que se aplica o princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*” nas ações para destituição do poder familiar, mesmo que cumuladas com adoção¹⁶⁴.

No tocante à produção da prova testemunhal, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu regra especial em relação ao Código de Processo Civil, exigindo a indicação, já na inicial (“desde logo”) das testemunhas que serão futuramente ouvidas¹⁶⁵.

O magistrado poderá, de ofício ou a requerimento de legítimo interessado, com amparo no poder geral de cautela e com base em prova não exauriente, determinar medida preventiva adequada para resguardar a integridade física e psicológica da criança e do adolescente em situação de perigo iminente, como exemplo, nos casos de maus tratos, opressão, abuso sexual ou de abandono que configure risco grave¹⁶⁶.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê duas medidas preventivas adequadas à ação em estudo: o afastamento do agressor da moradia comum (ECA, art. 130) e a suspensão do poder familiar, liminar ou incidental (ECA, art. 157). Mas o juiz poderá, ainda, determinar outras medidas inominadas que entenda necessárias à integral proteção da criança e do adolescente¹⁶⁷.

A citação dos pais detentores do poder familiar assume fundamental importância no processo de destituição, por se tratar de ação de estado e envolver direitos indisponíveis. O juiz deve então esgotar todas as possibilidades

¹⁶⁴ “COMPETÊNCIA. DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. ADOÇÃO. Aplica-se à ação em que se postula destituição de pátrio poder em cumulação com pedido de adoção o princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*” (Art. 87, do CPC). Precedente (CC 6486-4-MG). Conflito conhecido, declarando-se a competência do MM. Juízo suscitado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, CC 22.055/RJ, Rel. Min. Costa Leite, j. em 12.08.1998, DJU 16.11.1998. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CC+22055&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. p. 5. Acesso em: 20 jul. 2016.

¹⁶⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 199.

¹⁶⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 201-202.

¹⁶⁷ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 105/108.

para que a citação se faça pessoalmente, recorrendo para tanto a oficial a empresas prestadoras de serviços públicos, ao Juízo Eleitoral, e realizar buscas nos sistemas auxiliares do Juízo, independentemente de pedido do autor¹⁶⁸.

Para se proceder à citação por edital, “não basta certidão lacônica do Oficial de Justiça, exigindo-se fé pública no sentido de que, realmente, o citando se encontra em lugar incerto e que as diligências tenham sido infrutíferas”¹⁶⁹.

Realizada a citação, o prazo para apresentação de resposta escrita é de 10 (dez) dias. Na resposta à inicial, o requerido deverá indicar as provas a serem produzidas, apresentando o rol de testemunhas, se assim o desejar, e os documentos comprobatórios de suas alegações. A requisição, para que lhe seja designado advogado dativo, deverá ser feita em cartório, dentro do decêndio legal, bastando a simples afirmação de que não está em condições de pagar os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família (ECA, art. 206, parágrafo único, NCPC, art. 98, e Lei 1.060/50, art. 4º). A resposta será então apresentada pelo advogado dativo indicado, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do despacho de nomeação¹⁷⁰.

A indisponibilidade dos direitos e deveres concernentes ao poder familiar veda a confissão e também torna inadmissível a presunção de veracidade dos fatos aduzidos na inicial (NCPC, art. 345, II). Assim, caso o réu, embora citado, deixe de contestar a demanda, tornando-se revel, não se opera o efeito material da revelia.

Portanto, tem-se como fundamental para a averiguação dos fatos a realização da audiência de instrução e julgamento, tornando desarrazoada a regra do julgamento antecipado da lide contida no art. 161 do Estatuto. Veronese,

¹⁶⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 202-204.

¹⁶⁹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000. p. 274.

¹⁷⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 205-206.

nesse sentido, expõe:

[...] não parece nada sensato que uma prova produzida unilateralmente, sem amparo do pleno contraditório, seja suficientemente precisa e categórica para ensejar a aplicação da medida, quando o próprio Estatuto prevê, para o mesmo efeito, a possibilidade de oitiva de testemunhas, a realização de estudo social e até mesmo a manifestação da criança ou adolescente¹⁷¹.

De fato, o art. 161 do ECA é municiado por parágrafos que orientam a realização de diligências complementares, antes do julgamento do feito com réu revel, evidenciando a necessidade de instrução probatória¹⁷².

A prudência exige que o juiz lance mão de todas as informações possíveis para que haja uma justa prestação jurisdicional. Assim, a autoridade judiciária poderá determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou Ministério Público, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional. Assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e educadores realizarão estudos junto às pessoas envolvidas no embate, buscando seus perfis psicossociais, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico. O trabalho realizado por estes profissionais é de grande utilidade, pois servirá de auxílio à formação do convencimento do juiz (art. 151, ECA)¹⁷³.

Na ação de destituição do poder familiar não cabe, em princípio, a conciliação prévia. Isso porque discute direitos indisponíveis, insuscetíveis de transação, pelo que não se realiza a audiência de conciliação do art. 334 do novo Código de Processo Civil.

Caberá a conciliação somente quando se tratar de ação de destituição do poder familiar cumulada com pedido de adoção, isto por força do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que exige o consentimento dos pais naturais para que se realize a adoção¹⁷⁴. Ora, se os réus, em audiência, manifestam

¹⁷¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 208- 209.

¹⁷² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 114.

¹⁷³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 211.

¹⁷⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da.

a sua anuência à colocação do filho em família substituta pela adoção, bem cientes da irrevogabilidade do ato (ECA, art. 48), nos moldes do art. 166, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estarão renunciando ao poder familiar¹⁷⁵.

Na audiência de instrução e julgamento, após colheita da prova oral, serão ouvidos, na ordem, o requerente, o requerido e o Ministério Público, exceto nas causas em que este for o requerente, hipótese em que o órgão ministerial será ouvido primeiro e uma única vez. O tempo para manifestação oral é de vinte minutos para cada, prorrogáveis por mais dez. Encerrado o debate, o juiz proferirá, desde logo, a sentença ou, sendo causa de extrema complexidade, marcará data em prazo não superior a cinco dias para a leitura da sentença.

Na sentença, deve o juiz sopesar todas as provas existentes nos autos, formando sua convicção e expondo-a de forma motivada, sob pena de nulidade.

A sentença de destituição do poder familiar apresenta uma série de peculiaridades quanto aos seus efeitos. Tem, ao mesmo tempo, cunho declaratório, referentemente à existência da hipótese legal de perda do poder familiar; constitutivo, tendo em vista o efeito de encaminhar o infante ou adolescente a uma nova situação jurídica ou fática (tutela, adoção, acolhimento etc.) e condenatório, pois dela decorre para os pais a condenação à perda de um direito¹⁷⁶.

Vicente de Paula Ataíde Junior ensina que, do ponto de vista eficaz, a sentença que acolhe o pedido do autor, na ação de destituição do poder familiar, caracteriza-se como constitutiva negativa porque modifica o estado jurídico existente: extingue a relação jurídica do poder familiar. Produz efeitos *ex nunc*, para o futuro, a partir do trânsito em julgado da sentença, sem efeitos retroativos¹⁷⁷.

Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 213.

¹⁷⁵ CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 475.

¹⁷⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela:** à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 214.

¹⁷⁷ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar.** p. 123.

Mesmo julgando improcedente o pedido de destituição, pode o juiz aplicar à criança ou ao adolescente as medidas de proteção previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, aos pais, as medidas previstas no art. 129 do mesmo diploma, com exceção das contidas nos incisos IX e X.

As decisões proferidas nas ações para perda ou suspensão do poder familiar podem ser impugnadas pelo sistema recursal do Código de Processo Civil, com as alterações previstas nos incisos do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷⁸. Os recursos serão interpostos independentemente de preparo (inciso I); os prazos para interposição e para resposta de todos os recursos será de dez dias, com exceção dos embargos de declaração (inciso II); interposto o recurso, é facultado ao juiz, antes de determinar a remessa dos autos ao Tribunal, exercer o juízo de retratação no prazo de cinco dias (inciso VII).

A análise da coisa julgada nas ações de destituição do poder familiar envolve a discussão sobre a possibilidade de recuperação do poder familiar, mas o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente silenciam sobre o assunto.

Cumpre aqui mencionar os ensinamentos de Josiane Rose Petry Veronese, que defende que o exercício do poder familiar, típica relação jurídica de trato continuado (NCPC, art. 505, I), pode ser restabelecido via ação revisional, se não mais existirem as causas que determinaram a sua cessação. Considera a autora que a garantia constitucional do interesse da criança e do adolescente de ser criado e educado em sua família somente pode ser afastada enquanto houver risco considerável de que a manutenção ou o restabelecimento do vínculo possa causar lesão aos direitos à vida, saúde, liberdade, dignidade etc., também igualmente protegidos pelo Estado¹⁷⁹.

No entanto, existe um caso em que se torna impossível a ação

¹⁷⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 131.

¹⁷⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 216. No mesmo sentido: SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 192; ISHIDA, Válder K. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 400-401.

revisional para o restabelecimento do poder familiar: quando já se consumou a adoção da criança e do adolescente, transferindo o poder familiar para os pais adotivos, de forma irrevogável¹⁸⁰.

A prática forense tem demonstrado certas falhas dos operadores do direito no momento de apreciar os institutos em questão, tomando, por vezes, caminhos tortuosos, que podem a levar a consequências jurídicas nefastas, como a nulidade do procedimento de colocação em família substituta pela adoção, no qual não se operou a prévia destituição do poder familiar, no rito estabelecido pelo Estatuto¹⁸¹. As consequências sociais, nesses casos, são desastrosas.

Ao final deste capítulo, é importante frisar que a correta condução do processo de destituição do poder familiar pela autoridade judiciária é que garantirá uma segura colocação da criança ou adolescente em família substituta ou a sua reintegração na família de origem.

¹⁸⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 129.

¹⁸¹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 50.

CAPÍTULO 2

MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E MEDIDAS APLICÁVEIS AOS PAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, prevê medidas voltadas à garantia da convivência familiar (2.1), tais como as medidas de proteção à criança e adolescente, elencadas no art. 101, e as medidas de orientação e apoio aplicáveis aos pais, indicadas no art. 129 do referido diploma legal (2.2).

Dentre as medidas de proteção, merece especial destaque a de acolhimento institucional, considerada como medida extrema e excepcional, e atualmente responsável pelo fenômeno da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil (2.3).

Sabe-se que não basta a mera previsão legal de medidas para propiciar a efetiva reestruturação dos pais e reintegração familiar dos infantes. É necessário que elas sejam disponibilizadas na forma de políticas públicas. Para tanto, nos casos de inércia do Poder Público e em decorrência da natureza do direito constitucionalmente protegido, admite-se o controle judicial das políticas públicas destinadas à infância e juventude (2.4).

2.1 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A maior expectativa com relação à família, no imaginário coletivo, é de que ela produza cuidados, proteção, aprendizado dos afetos, construção de identidades e vínculos relacionais de pertencimento, capazes de promover melhor qualidade de vida de seus membros e efetiva inclusão social na comunidade e na sociedade em que vivem. Mas estas expectativas são possibilidades, e não garantias, pois “a família vive num dado contexto que pode ser fortalecedor ou esfacelador de

suas possibilidades e potencialidades”¹⁸².

Dessa forma, não é possível delinear um conceito único ou universal, abstrato e atemporal de família, senão pelos caracteres próprios de uma estrutura familiar concreta, em um determinado tempo e espaço social¹⁸³.

Estudos clássicos sobre a família revelam uma constante mutação do instituto ao longo de seu percurso histórico. A mudança dos arranjos familiares impulsiona a mudança de seus conceitos e de suas interpretações, bem como das bases teóricas que sustentam e das normas jurídicas que norteiam este campo do saber¹⁸⁴.

Foucault de Coulanges, na obra “A Cidade Antiga”, já demonstrava a complexidade da organização familiar. Para o autor, a família antiga era mais uma associação religiosa do que uma associação natural, em que os membros ligavam-se não exclusivamente em decorrência do nascimento, do afeto ou da força física do marido ou genitor. Foi a religião doméstica, o culto aos mesmos antepassados, que uniu os membros da antiga família¹⁸⁵.

Aristóteles, na obra “Política”, também teceu comentários acerca da organização da família antiga, composta pelo chefe, filhos, mulher, bens e escravos. Segundo o autor, o governo doméstico dividia-se em três poderes: o do senhor, o do pai e o do marido. Era o chefe da família quem exercia a direção, guiando os filhos e as mulheres, considerados imperfeitos, e fazendo frutificar os bens. Assim, segundo ele, a família, além de um fim educativo, também tinha um fim econômico¹⁸⁶.

¹⁸² CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **O lugar da família na política social**. A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002, p. 15.

¹⁸³ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva**. p. 57-58.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Heloisa Maria José de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Famílias: diálogos interdisciplinares sobre o caráter plural das famílias contemporâneas e a incorporação do conceito de família ampliada no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. de Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 211-212.

¹⁸⁵ COULANGES, Foucault de. **A Cidade Antiga**. p. 46.

¹⁸⁶ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 25.

Segundo Lévi-Strauss¹⁸⁷, a palavra família serve para designar um grupo social possuidor de, pelo menos, três características: i) tem sua origem no casamento; ii) é constituído pelo marido, pela esposa e pelos filhos provenientes de sua união, embora seja lícito conceber que outros parentes possam encontrar o seu lugar próximo ao núcleo do grupo; iii) os membros estão unidos entre si por laços legais, direitos e obrigações econômicas, religiosas ou de outra espécie, direitos e proibições sexuais e uma quantidade variada e diversificada de sentimentos psicológicos, tais como o amor, afeto, respeito, reverência¹⁸⁸.

Sobre o tema, Luiz Edson Fachin ensina:

A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade¹⁸⁹.

Diferentemente dos modelos que a antecederam, a família pós-moderna ou contemporânea nasce fundada nas relações de afeto, de igualdade e de respeito, e não mais sustentada por valores religiosos, políticos, morais, etc. Vive-se um novo momento em que a família já não é mais somente aquela baseada no casamento, com caráter sacramental, patriarcal, sob a autoridade de um chefe de família¹⁹⁰.

No tocante aos novos contornos das relações familiares, Rosana Amara Girardi Fachin esclarece:

Na história da família, a criança sempre exerceu um papel em que a relação de pais e filhos era fincada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva. Contudo, novos contornos vão sendo desenhados a partir do momento em que a escola deixa de

¹⁸⁷ LÉVI-STRAUSS, apud: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. de Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. p. 213-214.

¹⁸⁸ LÉVI-STRAUSS, apud: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. de Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. p. 213-214.

¹⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. Família Cidadã. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=67>. Acesso: 30 set. 2016.

¹⁹⁰ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 42.

ser a reserva dos clérigos para ser um instrumento de iniciação social e, daí em diante, nota-se a vigília dos pais sobre seus filhos fazendo com que haja uma aproximação maior, crescendo o sentimento de afetividade na família¹⁹¹.

A transformação da família ao longo do tempo é bem retratada pela expressão “do nó ao ninho”, utilizada por Jorge Miranda, em que a imagem do “nó” é síntese de algo que prende, revelando um sentido negativo, mas que também, junta e une, em um sentido positivo; e a imagem do “ninho” remete à proteção e ao cuidado que os pais dedicam aos filhos.

De fato, do que se viu até aqui, a família funcionou de forma a criar uma rede aprisionadora dos seus membros. O nó do matrimônio, quando tinha sua força testada, era amparado pelo restante da rede toda formada do entrelaçamento de outros tantos nós: a indissolubilidade do sacramento, a tradição, a moral etc. Dentro da família as demandas dos integrantes se dissolviam em favor da realização do grupo, este sim merecedor da proteção jurídica, por constituir a célula base da sociedade sem a qual todo um sistema conheceria seu colapso. Essa família normalizadora não corresponde ao que se espera da imagem do ninho. Esta imagem traz os significados do cuidado, do afeto, da solidariedade. Aplicada à família, a imagem do ninho demonstra um espaço em que os integrantes se juntam pela satisfação pessoal que a união proporciona, em que prevalece o laço afetivo - cujo pressuposto é a liberdade - enfim a família-ninho é um espaço apto a promover a realização pessoal de cada um dos integrantes do grupo, apto a tomar efetivos os direitos fundamentais, apto a dar substância ao fundamento constitucional da dignidade humana. A família que se assemelha ao ninho é aquela que procede ao cuidado dos membros para que possam alçar seu voo: aquela que contém uma forma aberta, de onde se pode sair ou voltar, e aquela, enfim, que exerce a sua função social¹⁹².

Nas palavras de Munir Cury, a família hoje “é o lugar normal e natural de se efetuar a educação; é onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para sociedade e para o universo”¹⁹³. Assim, antes de jurídico, a família é um organismo ético, de fundamental importância para a formação do indivíduo.

¹⁹¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45-46.

¹⁹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 188.

¹⁹³ CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84.

A família é o lugar indispensável para a garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. É a família que propicia os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal, é em seu espaço que são absorvidos o valor ético e humanitário, e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais¹⁹⁴.

Como espaços complementares do ambiente doméstico, a convivência escolar, religiosa e recreativa das crianças e adolescentes também deve ser incentivada e facilitada, por constituírem pontos importantes de identificação do sujeito, especialmente quando perdido o referencial familiar¹⁹⁵.

Historicamente, a família desempenhou funções de reprodução biológica, reprodução social e construção de identidade. Dentre essas funções, as políticas públicas sempre contemplaram a reprodução biológica, promovendo a natalidade por omissão (não disponibilizando o planejamento familiar) ou incentivando a habitação e distribuindo bens (alimentos, medicamentos) a famílias numerosas. Com a função de reprodução social, que inclui aspectos de valores e costumes, inserem-se as políticas públicas relacionadas à saúde e à educação. Já a função identitária, muito mais sutil, é contemplada pela valorização da manutenção do vínculo familiar e pelo enfrentamento da questão da violência doméstica. Esta constitui função central e quase exclusiva da família, considerada como “espaço no qual a disponibilidade de amor gratuito e incondicional alimentam a construção do eu nas diferentes etapas da vida”, uma vez que nas demais funções (reprodução biológica e social) há um compartilhamento de tarefas com o Estado¹⁹⁶.

Classificação semelhante é proposta por Eduardo de Oliveira Leite, no tocante às atuais funções da família: proporcionar segurança física e psicológica a seus membros (função biológica); formação da personalidade através

¹⁹⁴ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. p. 105-106.

¹⁹⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

¹⁹⁶ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. p. 116-117.

da transmissão de afeto e valores fundantes (função psicológica); ensino de como viver em sociedade (função social); vivência do poder inerente à comunidade familiar, especialmente nas relações entre pais e filhos (função política)¹⁹⁷.

Sobre o tema, Elza Maria Canhetti Mondin ressalta:

São inúmeras as missões e papéis que a evolução social vai atribuindo à família, entretanto, sua prioridade reside na construção do ser e da realização da personalidade, o espaço onde o ser humano reflete sobre a experiência vivida e se reconstrói a si próprio, domínio não apenas do sentimento, mas do essencial vivido. [...] A vida familiar, na visão de Goleman (1995), representa a nossa primeira escola do aprendizado emocional. Neste contexto aprendemos como nos sentir em relação a nós mesmos e como os outros vão reagir a nossos sentimentos¹⁹⁸.

Certamente o que agora identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença de sexo ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca no manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo que une as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, e gera comprometimento mútuo. Essa interpretação pluralista das entidades familiares abriga os mais diversos arranjos familiares, admitindo estar também protegida a família homoafetiva, decorrente da união afetiva de pessoas do mesmo sexo, e a família anaparental, formada por um grupo sem a presença de ascendentes. São as chamadas famílias plurais, cujo elemento de enlace é a afetividade¹⁹⁹.

Seguindo esta orientação, a Constituição de 1988 adotou a ideia eudemonista de família e deslocou a proteção jurídica da instituição para pessoa de seus membros. Assim dispõe o art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”.

Para além da família natural, é também reconhecida pelo ordenamento jurídico a chamada “família ampliada ou extensa”, que, nos termos do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é “aquela que se estende para além

¹⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p. 22.

¹⁹⁸ MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea**: desafios e perspectivas teórico-práticas. 17-18.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: RT, 2010. p. 42.

da unidade pais e filhos ou da unidade do casal e se constitui por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”²⁰⁰.

Quando a criança ou adolescente não pode permanecer na companhia de seus genitores e a família extensa é inexistente ou não possui condições de assumir os cuidados necessários, não é aconselhável compelir parentes distantes a exercerem o encargo, pois o requisito da afetividade entre o infante e o guardião não seria observado²⁰¹.

É assim que o princípio da afetividade se impõe, como forma de proporcionar às crianças e aos adolescentes uma convivência familiar que lhes assegure proteção efetiva. Nesse contexto, é importante questionar o lugar do afeto, tão necessário ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, e diagnosticar o abandono afetivo, inclusive, quando praticado por aqueles que coabitam com o infante, mas que não lhe dão a devida atenção²⁰². Daí exsurge a expressão “filhos órfãos de pais vivos” para referir toda uma geração de crianças e adolescentes que:

[...] recebem bens materiais, que desconhecem a frustração ou a perda, que enfrentam poucos limites, que estão cercados de adultos que se comportam como eles e que os imitam, adultos que em sua vida pública e social podem ser bem sucedidos, poderosos, respeitados, invejados, mas que se negam a ser, além de adultos, maduros [...] Adultos que se drogam com todo o tipo de bens, atividades, fármacos, exercícios pseudoespirituais e terapias pasteurizadas com o objetivo de não passar pela experiência

²⁰⁰ Não se confunda, nesse tocante, o reconhecimento da família extensa com o fenômeno de transferência da responsabilidade e dos cuidados de uma criança, denominada como “circulação de crianças”. Sobre o assunto, explicam SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação Socioafetiva**. p. 38: “A transferência de crianças oriundas de camadas populares para terceiros ou famílias que não pertencem ao seu grupo de origem, cujos genitores, por pobreza ou outra razão, estão momentaneamente impossibilitados de atendê-los, tem sido identificada pelos antropólogos como “circulação de crianças”, que, em seu sentido mais amplo, inclui diversas situações, desde as crianças em situação de rua, institucionalizadas, formalmente adotadas e os filhos de criação, objeto do presente estudo”. E p. 43-44: “É preciso considerar, todavia, que a circulação de crianças diferencia-se da adoção, embora ambas possam ser entendidas como a transferência da responsabilidade e dos cuidados de uma criança de um adulto para outro. Enquanto, na primeira, a transferência é parcial e temporária; na adoção, como determina a legislação em vigor, é total e duradoura, consistindo na substituição completa da família biológica pela adotiva”.

²⁰¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.) **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 154.

²⁰² NICKNICH, Mônica. Os filhos órfãos de pais vivos: a importância do afeto na adolescência. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 553-554.

necessária, profunda, às vezes incômoda (quando não dolorosa) de abandonar a própria adolescência e encontrar o sentido único e intransferível de suas vidas²⁰³.

A criança e o adolescente, pessoas em desenvolvimento biopsicossocial, precisam de referências que lhes sirvam de modelo. A convivência familiar assegura a sua integridade física, moral e psicológica, na medida em que permite que o desenvolvimento de sua personalidade se dê de forma saudável, com afeto e orientação²⁰⁴.

Importante frisar que, no tocante ao assunto do abandono afetivo, o Direito tutela, não um tipo de sentimento, mas deveres inerentes ao poder familiar, expressamente previstos em lei, tais como, de criação, cuidado e convivência, os quais são imprescindíveis para a formação e o desenvolvimento da criança e do adolescente. Segundo Charles Bicca, “a ilicitude não está no desamor, mas na mais absoluta falta de atendimento ao dever de cuidado”²⁰⁵.

O direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente (CF, art. 227) e também assegurado pela legislação infraconstitucional (ECA, art. 19), seguindo a orientação traçada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNDC, art. 9º, 1)²⁰⁶.

²⁰³ SINAY, Sérgio. **A sociedade dos filhos órfãos**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012. p. 11.

²⁰⁴ NICKNICH, Mônica. Os filhos órfãos de pais vivos: a importância do afeto na adolescência. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 563.

²⁰⁵ BICCA, Charles. O abandono afetivo e os deveres do poder familiar. **Correio Braziliense**, n. 19.159, 09/11/2015. Direito e Justiça, p. 1.

²⁰⁶ CF, 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.

ECA, Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

CNDC. Artigo 9º. 1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

Adotou-se a regra de que os filhos devem permanecer na companhia dos pais biológicos. A colocação em família substituta, nas modalidades guarda, tutela ou adoção, em detrimento da família natural, far-se-á somente como medida excepcional, com a observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva, somente permitida em casos específicos, quando os direitos da criança ou adolescente forem ameaçados ou lesados, e desde que previamente submetida aos procedimentos legais cabíveis.

Entretanto, a finalidade do direito à convivência familiar não é apenas a de assegurar que as crianças e adolescentes sejam criados junto a suas famílias, mas, especialmente, serve como norma orientadora da atuação do Estado, visando garantir aos pais as condições essenciais e assistência efetiva do poder público para a sobrevivência digna do núcleo familiar²⁰⁷.

A efetivação do direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente passa, necessariamente, pela responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, conforme se extrai do art. 227, *caput*, da Constituição Federal e do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰⁸.

A proteção natural das crianças e adolescentes incumbe, primeiramente, aos pais ou representantes legais, na falta ou impedimento dos primeiros. É uma consequência natural da paternidade e da filiação. Porém, cabe ao Estado auxiliar os pais nesta tarefa e, em certos casos, aplicar-lhes medidas para a proteção aos filhos.

Dentre os fatores de risco para o desenvolvimento das famílias, Elza Maria Canhetti Mondin destaca: i) a coexistência de agentes de socialização,

²⁰⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 57-58.

²⁰⁸ CF, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

ECA, Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

entre eles a televisão e redes de informação (internet), que podem oferecer e estimular valores e formas de vida contraditórias com a da família; ii) as pressões e exigências no trabalho que, para grande número de famílias, reduzem consideravelmente o tempo compartilhado com todos os elementos no lar; iii) a falta de coordenação e de comunicação entre os diferentes contextos em que cresce a criança, fundamentalmente entre família e escola; iv) a falta de comunicação e de consistência nos valores e normas familiares, o sentimento de incompetência da parte de alguns pais para educar no mundo atual. Também a pobreza, o divórcio, o uso de drogas e álcool, violência, gravidez na adolescência, desamparo acompanham e solapam continuamente grande número de famílias do mundo inteiro²⁰⁹.

Sérgio Luiz Kreuz afirma que “é no funcionamento do sistema familiar que é preciso detectar as causas que levaram ao descumprimento do direito da convivência familiar”²¹⁰, pois família é a primeira responsável por assegurar à criança e ao adolescente prioridade no atendimento de suas necessidades. Mas a sociedade também tem enorme responsabilidade, promovendo a inclusão social, denunciando violações dos direitos da criança e do adolescente aos órgãos competentes e cobrando a efetivação de seus direitos.

A responsabilidade é também do Poder Público, em especial, na promoção de políticas públicas voltadas para a população infanto-juvenil (nas áreas da saúde, lazer, educação, profissionalização, direito à convivência familiar etc.), a começar pela contemplação de recursos privilegiados e prioritários para tal finalidade nas leis orçamentárias municipais, estaduais e federais. E lembre-se que, no âmbito do Poder Público, a responsabilidade não é apenas do Poder Executivo, mas também de outras esferas de Poder. Os orçamentos do Poder Judiciário, com raras exceções, ainda não contemplam recursos para a estruturação das varas de infância e da juventude e, na maioria das comarcas do Brasil, inexistem equipes técnicas interdisciplinares, indispensáveis para o rápido e seguro encaminhamento dos procedimentos²¹¹.

²⁰⁹ MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea**: desafios e perspectivas teórico-práticas. p. 40-41.

²¹⁰ KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 93.

²¹¹ KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos

É certo que não cabe à sociedade e ao Estado substituírem o papel da família na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, mas sim promovê-la, por meio de ações articuladas, dentro de sua esfera de autonomia²¹².

A efetividade do direito à convivência familiar de milhares de crianças e adolescentes brasileiros somente será realidade quando se consolidarem as redes de atendimento à infância, especialmente nos Municípios, com investimentos concretos e efetivos, inclusive na estruturação das varas da infância e da juventude²¹³.

2.2 AS MEDIDAS PREVISTAS NO ECA

A Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assegura que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, violência ou opressão, além de constituir um dever de todos prevenir o desrespeito a seus direitos fundamentais²¹⁴.

O cuidado, na lição de Leonardo Boff, representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana²¹⁵.

Sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; seja

fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 98-100.

²¹² KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 101.

²¹³ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 170.

²¹⁴ ECA, Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

²¹⁵ BOFF, Leonardo apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 58.

por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou mesmo em razão de sua própria conduta, serão aplicáveis as medidas de proteção à criança e ao adolescente (ECA, art. 98).

Diante de situações de violação de direitos da criança e do adolescente, é poder-dever do juiz a aplicação de medidas de proteção, com respaldo no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como: a) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; b) orientação, apoio e acompanhamento temporários; c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; d) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; f) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; g) acolhimento institucional; h) inclusão em programa de acolhimento familiar; i) colocação em família substituta.

Durante o procedimento para aplicação das medidas protetivas, o Estatuto dispõe que deverá ser dada preferência àquelas que visam ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários²¹⁶.

Além desse princípio, devem também ser observados outros princípios norteadores da aplicação das medidas protetivas, incluídos pela Lei n. 12.010/2009 no parágrafo único do art. 100 do Estatuto, quais sejam: condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: interpretação e aplicação das normas voltada à proteção integral e prioritária dos direitos das crianças e adolescentes; responsabilidade primária e solidária do poder público; interesse superior da criança e do adolescente; respeito pela sua intimidade, direito à imagem e reserva da vida privada; intervenção precoce, tão logo a situação de perigo seja conhecida; intervenção mínima, exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva proteção e promoção dos direitos; proporcionalidade e atualidade da intervenção; responsabilidade parental, de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; prevalência das medidas que mantenham ou reintegrem na família natural ou extensa

²¹⁶ FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007. p. 56.

ou, se não for possível, que promovam a integração em família substituta; a informação dos motivos da intervenção à criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, e aos pais ou responsável; oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente e de seus pais ou responsável na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.

Nesse rol de princípios, ganha relevo o “princípio da oitiva obrigatória e participação da criança” nos processos de seu interesse. Estabelece que a fala das crianças deve ser levada em consideração no processo decisório, sempre de acordo com a sua capacidade de compreensão e seu desenvolvimento, e interpretada no contexto sociocultural e a partir de suas relações afetivas e de afinidade²¹⁷.

Dentre as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, merece especial atenção, no que concerne ao tema deste trabalho acadêmico, a medida de acolhimento institucional, prevista no art. 101, inciso VII, especialmente em razão da gravidade de seus efeitos.

Tal medida é provisória, excepcional e deve ser utilizada como forma de transição para a reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta²¹⁸. Por essa razão, deve se dar em local próximo à residência dos pais, com o objetivo de facilitar a manutenção dos vínculos, se recomendado, e a aplicação de medidas de auxílio à família.

Constatada a necessidade de inclusão da família de origem em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, esta deve se dar de forma concomitante à aplicação da medida de acolhimento dos filhos.

Neste ponto, cumpre lembrar que o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária

²¹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A identidade familiar da criança e do adolescente em acolhimento institucional à luz da proteção integral da lei n. 8.069/90: uma história a ser narrada. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 432. A autora explica que este princípio tem sua inspiração no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança.

²¹⁸ ECA. Art. 101, § 1º. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, garantido o contraditório e a ampla defesa.

No âmbito da convivência familiar, a prioridade absoluta estabelecida na Constituição Federal deve estar voltada para assegurar à criança e ao adolescente o direito de manter os vínculos com sua família biológica, que se concretiza com as visitas, contatos com os familiares ou pessoas que lhes são próximas, a não ser naquelas situações em que tal contato se mostre fundamentadamente prejudicial. Nos casos em que ainda seja possível sua reintegração na família de origem, a prioridade consiste na elaboração de um projeto de desacolhimento, com a superação das causas que determinaram a medida protetiva. E, não sendo possível a reintegração à família biológica ou extensa, a prioridade deve ser a de lhe proporcionar uma nova família, em condições psicológicas e jurídicas, no menor tempo possível²¹⁹.

O que não se pode admitir é uma situação de indefinição quanto ao destino da criança ou adolescente, em que não se promova rapidamente a reintegração familiar, não se busque a superação das causas do acolhimento e nem se proponha a ação de destituição do poder familiar, privando-os de um direito fundamental.

Ao perquirir acerca da possibilidade de reintegração familiar, não se deve sacralizar os laços biológicos, especialmente quando a criança não mantém laços afetivos importantes com os parentes. Essa é a recomendação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

A reintegração com familiares com os quais a criança e o adolescente não possuam vínculo afetivo deve ser cuidadosamente avaliada, não devendo ser conduzida meramente com base em “uma supervalorização dos laços consanguíneos”. Nestes casos, deve-se avaliar a possibilidade de construção de vinculações significativas e

²¹⁹ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente:** direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 71-72. O autor explica que a prioridade absoluta vem para assegurar à criança e ao adolescente os seus direitos fundamentais, cabendo tal dever à família, à sociedade e ao Estado, nesta ordem e de forma solidária; assim, os programas de promoção social, de saúde, de educação, de lazer, profissionalização e cultura devem ter como norte a prioridade para a criança e o adolescente.

de aceitação mútua de convívio, para se decidir quanto a melhor alternativa a ser recomendada à autoridade judiciária: reintegração com a família extensa, colocação com pessoa significativa da comunidade ou adoção²²⁰.

De igual forma, a medida de colocação em família substituta, especialmente na modalidade adoção (ECA, art. 101, IX), deve ser realizada com cautela, após regular processamento da destituição do poder familiar. Sobre o tema, Isabella Collet Gonçalves desenvolveu pesquisa acerca da prática de concessão de guarda provisória de crianças e adolescentes a pretensos adotantes, antes do encerramento do processo de destituição do poder familiar. Ela considerou, ao final, que esse posicionamento, adotado por alguns Juízos da Infância e da Juventude do país, não garante efetivamente os direitos das pessoas envolvidas. Isso porque eventual reforma da sentença de destituição do poder familiar e a retirada da criança do núcleo da família adotiva, com a revogação da guarda provisória, certamente provocará traumas no adotando, o qual precisará romper o vínculo recentemente estabelecido para readaptar-se à família natural²²¹.

Além das medidas de proteção aplicáveis às crianças e adolescentes, o Estatuto traz, ainda, um conjunto de medidas que dizem respeito aos pais e responsáveis, enumeradas em seu art. 129, quais sejam: a) encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; b) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; c) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; d) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; e) obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; f) obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; g) advertência; h) perda da guarda; i) destituição da tutela; j) suspensão ou destituição do poder familiar.

A efetividade do art. 129 exige, porém, a criação de programas de promoção à família, de tratamento e orientação a alcoólatras e toxicômanos, e

²²⁰ BRASIL. **Orientações Técnicas**: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. 2. ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009. p. 41.

²²¹ TAMBOSI, Isabella Collet. A concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 385.

ainda exige as condições necessárias para que se possa realizar, quando necessário, o tratamento psicológico ou psiquiátrico. Tais serviços são imprescindíveis “para que o Estatuto da Criança produza seus efeitos no mundo fático, que não o abstrato e ‘perfeito’ das normas jurídicas”²²².

A entrega, o abandono ou a retirada de uma criança do poder de seus pais ocorrem em determinadas circunstâncias, como consequência de um movimento integrado por fatores sociais, econômicos, culturais e emocionais.

Motivada por essa constatação, Eunice Teresinha Fávero desenvolveu a pesquisa “Perda do pátrio poder”, em que verificou: (i) a quase totalidade do contingente populacional que demanda os serviços judiciais na área da infância e juventude é aquele de baixa ou, por vezes, nenhuma renda, e que sobrevive cotidianamente com problemas no que se refere ao atendimento de necessidades básicas, tais como alimentação, habitação, saúde, educação, lazer, segurança; (ii) as pessoas que recorrem ou são encaminhadas a essa instância da Justiça, grande parte das vezes, estão em busca de solução para questões emergenciais que envolvem crianças em situação de risco pessoal ou social; dentre essas questões, inclui-se a solicitação de acolhimento para os filhos, em decorrência da ausência de local de moradia apropriado, ou de creches para deixá-los durante o horário de trabalho; a entrega de crianças para a guarda de terceiros ou para adoção, devido à ausência de condições socioeconômicas para a prestação dos cuidados essenciais dos quais elas necessitam; e o pedido de providências em razão de negligência ou de maus tratos contra as crianças; (iii) mesmo quando as razões aparentemente transmutam-se em outras, como, por exemplo, no abandono total em consequência de ausência de vínculos afetivos, a os pais que perdem o poder familiar sobre um filho geralmente têm sua vida marcada pela pobreza e pela dificuldade de acesso a direitos humanos e sociais; (iv) o aparente “abandono” da criança em muitos casos encobre a violência de base de toda essa situação, distinguida em dois níveis: violência social, que se dá quando, apesar do afeto, a criança é entregue por falta de recursos para mantê-la em razão de os pais serem vítimas da exclusão social, e violência psicológica, que recai sobre a mulher frente a uma gravidez não desejada, à

²²² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 87.

indiferença ou abandono por parte do companheiro, bem como a oposição familiar a respeito da gravidez; v) em países desenvolvidos, os avanços sociais, tecnológicos e econômicos possibilitaram uma sensível diminuição do número de crianças disponíveis para adoção; isso se deve principalmente à política governamental de apoio financeiro às jovens mães solteiras; no Brasil, contudo, tem persistido a entrega ou o abandono de filhos por segmentos pobres da população; (vi) a justiça da infância e da juventude brasileira continua “especializada” no controle das particularidades da questão social e a pobreza continua como paisagem ou pano de fundo das ações que ali tramitam; (vii) do universo de 201 casos estudados na pesquisa, a maioria eram mulheres/mães e tinham menos de trinta anos de idade quando perderam o poder familiar sobre os filhos; não foi constatada a existência de nenhuma pessoa que usufruísse de condições socioeconômicas situadas em patamares médio para cima; (viii) para essas pessoas, os serviços judiciais na área da Infância e Juventude revelam faces contraditórias: apresentam-se, perversamente, como possibilidade de acesso à “assistência” por parte do Estado, no sentido de proteção à criança, e como instância de punição pela “impossibilidade pessoal” de criar os filhos ou de planejar a vida e a prole²²³.

A partir do momento em que os pais são capacitados a modificar seus comportamentos, a família sofre transformações positivas no seu padrão de interação e os filhos são indireta e positivamente atingidos. Os programas dirigidos aos pais objetivam: 1) melhorar a competência e habilidades parentais para lidar com os problemas do comportamento infantil; 2) aumentar o conhecimento parental sobre as causas dos comportamentos inadequados das crianças; 3) os princípios que fundamentam a aprendizagem social desses comportamentos; 4) melhorar a

²²³ FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007. p. 35-68. Em suas considerações finais, a autora expõe, p. 200: “Posso dizer que, ao pesquisar os autos senti-me incomodada, tensa e por vezes quase descrente de outras possibilidades de ação, frente ao “desfile” de tragédias pessoais e sociais contidas nos documentos que os compõem. O que dizer então dos profissionais que cotidianamente lidam diretamente com essas tragédias? Como preservar a serenidade, o equilíbrio, o bom senso e o “distanciamento técnico” nessas práticas, sem correr o risco de se como colocar como “policiais” da família ou como “salvadores” da criança? Ou para não passar a ver todas as situações como iguais? Como não ultrapassar, no cotidiano da intervenção profissional, o limite entre a garantia de direitos e uma eventual arbitrariedade que pode vir diluída no saber-poder que subsidia e decide o futuro de pessoas? Como pensar em viabilizar outras possibilidades de ação, de caráter coletivo, frente ao descompromisso social e ético de parte dos poderes constituídos?”.

aceitação por parte das crianças das ordens e regras oferecidas pelos pais²²⁴.

As oportunidades para um bom desenvolvimento residem basicamente no contexto familiar em que as crianças vivem. Sem dúvida, os padrões de interação familiar, particularmente a interação pais-criança, os tipos de experiência oferecidos às crianças e os aspectos relacionados com os cuidados básicos em termos de saúde e segurança são fundamentalmente indispensáveis ao desenvolvimento da infância saudável. Entretanto, muitas dificuldades podem surgir nesses processos interativos, seja por falta de conhecimento dos pais em como se relacionar bem com os filhos, seja por outras variáveis que interferem de modo negativo na educação.

O efeito de apoio social sobre os pais é particularmente evidente quando eles passam por situações como a perda do emprego, pobreza crônica, gravidez na adolescência, um filho portador de deficiência, divórcio, perda de pessoas da família, etc. Todavia, a formação dos pais constitui-se, ainda, em uma área de pouco interesse e, portanto, com pouco investimento em políticas públicas. “É preciso pensar seriamente nisto: a criação de programas, suas aplicações e avaliações”²²⁵.

2.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

O art. 227 da Constituição Federal, ao assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e estabelecer que tal direito deve ser respeitado com absoluta prioridade, não deixa dúvidas de que o acolhimento deve ser excepcional e breve.

Hoje, milhares de crianças e adolescentes permanecem em unidades de acolhimento, aguardando uma solução: o retorno à família biológica, à família extensa ou a uma família substituta. À medida que o tempo passa as chances de 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

²²⁴ KOCH, L. M.; GROSS, A. M. Características clínicas e tratamento do transtorno de conduta. In: CABALLO, V. E.; SIMÓN, M. A. **Manual de psicologia clínica infantil e do adolescente**. São Paulo: Ed. Santos, 2007, p. 33.

²²⁵ MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea: desafios e perspectivas teórico-práticas**. p. 132.

deterioração dos vínculos afetivos. “A morosidade dos procedimentos administrativos e judiciais, sem dúvida, é fator determinante para o desrespeito dos princípios da brevidade e excepcionalidade do acolhimento institucional”²²⁶.

Na prática, é comum o sistema de proteção, notadamente os conselhos tutelares e varas de infância e juventude, tentarem por anos a reintegração familiar. Não se ignora a necessidade de envidar todos os esforços possíveis na busca da reinserção familiar, que deve ser a primeira dentre as alternativas que se colocam no caso concreto, mas não pode ser a única.

Embora o legislador tenha estabelecido prazos de permanência da criança e do adolescente em instituições de acolhimento (ECA, art. 19, § 2º), tenha determinado a reavaliação judicial do acolhimento a cada seis meses (ECA, art. 19, § 1º) e determinado que o processo de destituição do poder familiar seja finalizado em cento e vinte dias (ECA, art. 163), isso não foi suficiente para a modificação da realidade. Ainda se verifica um verdadeiro descompasso existente entre a importância que é atribuída ao princípio da convivência familiar pela legislação e a prática, especialmente por parte do Estado²²⁷.

Apesar das enormes transformações sociais e familiares, ao longo da história, o abandono e, conseqüentemente, o acolhimento institucional da criança e do adolescente ainda continua sendo um dos mais graves problemas sociais.

As instituições de acolhimento acabam por funcionar como “uma espécie de profilaxia social; um local onde se pode manter as crianças e adolescentes, em situação praticamente invisível aos olhos da sociedade, que acredita que nestas unidades se encontram protegidas e assistidas em todas as suas necessidades”²²⁸.

A quebra da integração familiar, somada ao ingresso em um

²²⁶ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 82.

²²⁷ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 85-86.

²²⁸ WEBER, Lidia Natalia Dobriashnyj. **Laços de Ternura**: Pesquisas e histórias de adoção. Curitiba: Santa Mônica, 1998. p. 31.

ambiente adverso, atinge negativamente o sentimento de identidade das crianças e adolescentes acolhidos. E a perpetuação indefinida do acolhimento, sem o objetivo de reintegração familiar ou definição do futuro da criança institucionalizada, transmuda o perfil protetivo para o punitivo, prejudicial ao desenvolvimento saudável e violador da identidade familiar do acolhido²²⁹.

Tem-se observado que, em grande parte dos acolhimentos, não há uma única causa. A pobreza, muitas vezes, vem acompanhada da negligência, dos maus-tratos, da falta de higiene, da promiscuidade, da mendicância, do abandono escolar, da violência, da desestrutura familiar, do alcoolismo, do uso de entorpecentes, e assim por diante.

Uma característica muito presente nos acolhimentos de crianças e adolescentes é a repetição do ciclo de abandonos: “a mãe que abandona, não raras vezes, já foi, um dia, uma filha abandonada, excluída da família, com carências afetivas, excluída socialmente”²³⁰. Mas não somente o abandono material e a violação física, como também a desatenção à criança e ao adolescente, caracterizam atos de agressão. Portanto, são três as formas de violência infanto-juvenil: física, psicológica e sexual²³¹.

A consequência mais trágica do acolhimento institucional certamente está no plano afetivo, pois os laços que são construídos dentro das unidades de acolhimento são frágeis, especialmente em locais onde se concentra

²²⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A identidade familiar da criança e do adolescente em acolhimento institucional à luz da proteção integral da lei n. 8.069/90: uma história a ser narrada. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 424.

PARREIRA, Stella Maris de Castro Pipinis; JUSTO, José Sterza. A criança abrigada: considerações acerca do sentido da filiação. **Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 10, n. 2, mai/ago, 2005, p. 178: “A herança psicológica da criança asilada lhe é deixada sem nenhum testamento, ou seja, ela não sabe dos desejos ou maldições que pesam sobre ela, que inauguraram sua vida e que a acompanham até hoje; assim como não sabe dos motivos e sentidos que a trouxeram ao mundo, pela via dos seus progenitores, também não sabe das intenções de juízes, voluntários, profissionais e demais pessoas que cuidam dela. Vive um eclipse total de sua vida, não há qualquer testamento, qualquer palavra ou história que lhe indique o lugar que foi reservado no mundo dos homens, mediante uma filiação”.

²³⁰ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 51.

²³¹ RODRIGUES, Walkíria Machado. Abuso sexual infanto-juvenil: uma análise à luz da jurisprudência penal brasileira. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 168

grande número de crianças²³².

Nas instituições de acolhimento, o que prevalece é o tratamento impessoal, sem espaço para o estabelecimento de vínculos afetivos. As consequências observadas nas crianças e adolescentes que convivem nesses ambientes de pouca atenção e estimulação são a apatia, o atraso psicomotor, a depressão e o comportamento estereotipado de repulsa ou apego desproporcional a qualquer aproximação²³³.

Fundamental, portanto, é a busca de meios que assegurem a permanência da criança e do adolescente em sua família ou, quando isso for impossível, o deferimento da guarda ou tutela a parentes próximos com quem o infante mantenha afinidade²³⁴. E, na eventualidade de as famílias biológica e extensa não poderem assistir a criança ou adolescente, sabe-se que a colocação em família substituta dependerá da idade em que o infante se encontra, pois os pretendentes à adoção, nacionais e estrangeiros, preferem crianças com tenra idade e em boas condições de saúde²³⁵.

Nem todas as crianças ou adolescentes terão a oportunidade da adoção. Infelizmente, a realidade tem demonstrado que crianças com problemas graves de saúde e adolescentes dificilmente serão adotados. Para isso, alternativas

²³² KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 52-53: “Muito pior do que o abandono material, educacional, é o abandono afetivo, que produz danos invisíveis, mas que desestruturam, desorientam, tornando-as pessoas infelizes e inseguras”.

²³³ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 58-59.

²³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 59.

²³⁵ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 57: “O fato é facilmente comprovado pelo Cadastro Nacional de Adoção que registra mais de 27.000 pretendentes à adoção e, de outro lado, aproximadamente 4.700 crianças em condições de serem adotadas, o que não ocorre, em grande parte, em razão de sua idade”. O autor refere dados coletados em 01.08.2011, no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso: 23 set. 2016.

como o acolhimento familiar devem ser estimuladas e devem ter preferência sobre o acolhimento institucional²³⁶.

O acolhimento prolongado necessita ser repensado, também, no âmbito do Poder Judiciário, com a especialização dos seus juízes e servidores, constituição de equipes multidisciplinares, condições materiais para que, tão logo a criança ou o adolescente sejam acolhidos, sejam aplicadas medidas judiciais céleres para a garantia de seu direito à convivência familiar. Isso somente será realidade quando a criança e adolescente forem prioridade absoluta dentro do sistema de Justiça.

Sem dúvida, o Poder Judiciário e o Ministério Público têm grande responsabilidade no tocante a essa matéria. O acolhimento institucional, tão logo ocorra, deve ser comunicado ao juiz da Vara da Infância e da Juventude (ECA, art. 93), o qual, ouvido o Ministério Público e com apoio do Conselho Tutelar, deverá adotar providências para a reintegração familiar, se esta for possível.

Ocorre que a grande maioria das comarcas do Brasil sequer possui varas especializadas e sofrem com a absoluta falta de condições materiais e de servidores.

Nenhum abandono é mais traumático do que aquele voltado contra a infância e não existe ruptura mais grave do que aquela ocorrida entre pais e filhos, pela própria circunstância de pessoas em desenvolvimento²³⁷. Sempre haverá situações em que a criança necessita ser afastada de sua família, mas a sua efetiva proteção somente ocorrerá quando retornar ao convívio familiar²³⁸.

²³⁶ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 169-170.

²³⁷ RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggeri. A situação de rua e a convivência familiar: as crianças e os adolescentes nas sarjetas e nos sinais. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 445.

²³⁸ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 59.

2.4 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À INFÂNCIA E JUVENTUDE

A finalidade do Estado não pode ser confundida com os fins daqueles que o governam em determinado momento histórico. Aristóteles, em sua obra “Política”, já afirmava que a finalidade do Estado é a felicidade, o “bem comum”, que constitui o conjunto de condições apropriadas para que se alcance a satisfação dos desejos da comunidade e de seus membros²³⁹.

No Estado de Bem-Estar Social, os serviços públicos prestados à população são considerados direitos dos cidadãos. Trata-se de característica própria desta modalidade de Estado assistencial e o que autoriza a atuação do Poder Judiciário para garantir a sua adequada execução. É o que explica Marina Moraes:

O que distingue o Estado de Bem-Estar de outros tipos de Estado assistencial não é tanto a intervenção estatal na economia e nas condições sociais com o objetivo de melhorar os padrões de qualidade de vida da população, mas o fato de os serviços prestados serem considerados direitos dos cidadãos²⁴⁰.

O princípio democrático impõe que a escolha dos princípios para densificação na forma de políticas públicas deve ser efetuada pelos poderes submetidos à responsabilidade eleitoral, *i.e* Poder Legislativo e Poder Executivo. No entanto, quando estiver em questão o mínimo existencial e as políticas públicas constitucionais ditas essenciais, tal escolha fica submetida ao controle material do Poder Judiciário, para que determinados conteúdos constitucionais não fiquem à mercê da livre vontade majoritária²⁴¹.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando em questão o

²³⁹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 62: “O governo é o exercício do poder supremo do Estado. Este poder só poderia estar ou nas mãos de um só, ou da minoria, ou da maioria das pessoas. Quando o monarca, a minoria ou a maioria não buscam, uns ou outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo. Mas, se ele visa ao interesse particular do príncipe ou dos outros chefes, há um desvio. O interesse deve ser comum a todos ou, se não o for, não são mais cidadãos”.

²⁴⁰ MORAES, Marina Medeiros Queiroz. Welfare State: Direitos Humanos e Políticas Públicas. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCARULLO, Tamara Iwanow. (org.) **Políticas Públicas: Estudos e casos**. São Paulo: Ícone, 2014. p. 98.

²⁴¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

adimplemento dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Contudo, este parâmetro é muito elástico e torna praticamente todas as políticas públicas sujeitas à ampla revisão judicial, pois muitas delas podem ser conduzidas de forma mediata a princípios constitucionais²⁴².

A doutrina converge para um ponto em comum, que acredita na legitimidade do Poder Judiciário para assegurar os objetivos fundamentais da Constituição Federal, previstos no artigo 3º, e exercer o controle das políticas públicas.

Segundo Nilva Antônio, “tal controle não fere o princípio da separação dos Poderes, estando o Judiciário no dever de interferir quando da omissão constitucional do Estado”²⁴³. Igualmente, Wilson Liberati defende a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, porém, desde que haja recurso financeiro suficiente para financiar a política *sub judice* e que os direitos violados pertençam ao núcleo essencial de direitos fundamentais, sem os quais a dignidade da pessoa humana sofreria séria diminuição. Segundo ele, a intervenção condicionada por esses dois fatores é mais sensata e não fere os princípios republicanos e democráticos e, ao mesmo tempo, contempla a garantia plena dos direitos fundamentais sociais²⁴⁴.

O ativismo judicial decorre da ineficiência da Administração Pública em prestar os serviços garantidores dos direitos fundamentais. No entanto, sabe-se que o pleno exercício dos direitos sociais pode encontrar obstáculos de efetividade em relação à capacidade econômico-financeira do Estado. Por essa razão, alguns autores defendem ser permitido o ativismo judicial moderado, com limites que devem ser procurados na própria Constituição.

Na atividade jurisdicional, o magistrado deve verificar se, em relação à matéria *sub judice*, outro poder conta com melhores condições para decidir, respeitando os procedimentos e as conclusões técnicas e especializadas sobre a

²⁴² FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 200.

²⁴³ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (Org.) **Políticas Públicas: Estudos e casos**. São Paulo: Ícone, 2014. p. 208.

²⁴⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158.

matéria. Todavia, quando reconhecer que, naquela lacuna legislativa ou executória, existe a iminente possibilidade de violação de algum direito fundamental, “neste caso, não haverá dúvida sobre a pertinência do ativismo judicial”²⁴⁵.

No mesmo sentido, Felipe de Melo Fonte defende ser possível a intervenção judicial em políticas públicas, sob o argumento de que a proteção deficitária é vedada nesta seara, com fundamento no dever estatal primário de proteção dos direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas²⁴⁶.

Tal intervenção funda-se na necessidade de observância do princípio da dignidade de pessoa humana. No entanto, o controle exercido pelo Judiciário sobre as atividades de outros poderes não se justifica em todos os casos e de forma ilimitada.

As políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, submetidas a regimes de controle diferenciados: (i) políticas públicas constitucionais *essenciais*, que dizem respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial; (ii) políticas públicas constitucionais *não essenciais*, relacionadas a área não nuclear dos princípios fundamentais²⁴⁷.

No tocante ao mínimo existencial, Ada Pellegrini Grinover ensina:

O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado [...]. Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.²⁴⁸

O mínimo existencial deve, então, ser garantido mesmo contra a vontade das maiorias eventuais, democraticamente investidas no exercício do poder. “Não haveria sentido em reconhecer um amplo espaço de garantias aos indivíduos se

²⁴⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. p. 173-174.

²⁴⁶ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 225.

²⁴⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 200-201.

²⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132-133.

elas estivessem, em toda a sua extensão, submetidas à condição de serem contempladas na via orçamentária, a qual depende precisamente da vontade majoritária”²⁴⁹.

Em consonância com este entendimento, Grinover expõe a sua concepção sobre a matéria, por meio de assertivas concatenadas que permitem a delimitação das hipóteses em que se admite o controle judicial de políticas públicas. Segundo a autora, o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF) e esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes - entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado. Porém frisa: “dentro de limites”, o Poder Judiciário pode interferir nas políticas públicas - entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado - quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas²⁵⁰.

Há um pressuposto e dois limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto é a “restrição à garantia do mínimo existencial”, o que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa. Os limites à intervenção são: i) “a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público”; ii) “a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública”²⁵¹.

Quando provocado a respeito, o juiz deverá “utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível”²⁵².

²⁴⁹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 205.

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**. p. 149.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**. p. 149.

²⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**.

Assim, embora a definição dos meios de proteção dos direitos fundamentais seja atribuída, inicialmente, aos Poderes Legislativo e Executivo, ela é passível de submissão ao controle judicial de constitucionalidade. Neste contexto, cabe aos juízes avaliar os meios que estavam à disposição dos Poderes Públicos e julgá-los, para dizer se o dever de proteção foi cumprido de modo adequado²⁵³.

Nessa tarefa, Felipe de Melo Fonte adverte que as decisões judiciais em matérias de políticas públicas devem, eventualmente, reconhecer a inadequação do orçamento público diante das exigências constitucionais, mesmo que para declarar a existência do direito social pretendido e condicioná-lo à existência de previsão orçamentária futura. Se não houver urgência no caso concreto, é menos impactante para o processo democrático que se expeça ordem judicial no sentido de determinar a inclusão da despesa no próximo projeto de lei orçamentária, cabendo aos órgãos políticos promover as devidas adequações jurídicas²⁵⁴.

No que tange à assistência de crianças e de adolescentes pelo Poder Público no Brasil, um longo trajeto tem sido percorrido, desde a antiga concepção de que eles deveriam ficar afastados do convívio familiar e social, por não se adequarem à qualificação de “situação regular”, até o reconhecimento de sua posição como sujeitos de direito prioritário²⁵⁵.

No âmbito da infância e da juventude, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente reservaram ao Poder Judiciário importante papel não só na solução de conflitos individuais, mas também nas situações de omissão do Estado, dos pais ou da própria sociedade, notadamente, quando os direitos da criança e do adolescente não estiverem sendo adequadamente atendidos e respeitados²⁵⁶.

p. 149.

²⁵³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 226.

²⁵⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. p. 316.

²⁵⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coords.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 138.

²⁵⁶ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 154-155.

A Doutrina da Proteção Integral pretende a consolidação de um modelo social que priorize o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. No entanto, a realidade aponta, infelizmente, um modelo societário distante dos ideais da fraternidade, da solidariedade e do efetivo compromisso com o outro. Nesse cenário, Josiane Rose Petry Veronese apresenta o questionamento: “Como suscitar nas crianças e adolescentes o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais, ao meio ambiente, ou mesmo, o respeito aos seus pais, a sua própria identidade cultural, idioma, valores, se tudo isso lhes é negado?”²⁵⁷.

É preciso conjugar a teoria jurídica com a formulação e a execução de políticas públicas específicas em prol da infância e da adolescência²⁵⁸. Nessa seara, “a ineficácia do Estado brasileiro no oferecimento de políticas sociais como saúde, educação, moradia, pleno emprego, entre outros, agigantou a dívida deste para com a infância e a juventude”²⁵⁹.

A atuação do poder público na orientação dos pais para o exercício do poder familiar está prevista no art. 226, § 7º, da Constituição Federal. Segundo Maria de Fátima Carrada Firmo, as medidas de reeducação e fortalecimento das famílias, além de serem mais eficazes para a proteção de crianças e adolescentes, são muito menos onerosas para os cofres públicos do que o custo da criação e manutenção de abrigos, instituições socioeducativas e demais medidas de reparação das situações de ameaça e infringência dos direitos infanto-juvenis²⁶⁰.

A família precisa de condições básicas para acolher e criar seus filhos e, quando estas condições são precárias ou inadequadas, é obrigação do Estado apoiá-la para recuperar a possibilidade de atuação familiar, garantindo o direito à convivência e superando a cultura da institucionalização²⁶¹. Porém não se trata de

²⁵⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 36-37.

²⁵⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da Criança e do Adolescente: políticas públicas socialmente consequentes. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 465.

²⁵⁹ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p. 122.

²⁶⁰ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 159.

²⁶¹ ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente: direitos e deveres**. Leme:

uma genérica intenção de erradicação da pobreza; o que é necessário é a existência de programas que proporcionam à família uma sobrevivência que ultrapasse as meras necessidades médicas e alimentares²⁶².

Cabe ao poder público, por meio do Poder Executivo, prover os serviços necessários de atendimento à criança e ao adolescente. Todavia, no espaço da denominada ausência de atuação estatal, o Poder Judiciário é chamado a resolver os conflitos. O magistrado aparece como a primeira figura do sistema que não pode se omitir, em razão do princípio do *non liquet*, segundo o qual o juiz deve julgar todas as demandas que lhe são submetidas.

É certo que a função assistencial não é a razão da Justiça. Por isso, a “desjudicialização” das práticas de caráter administrativo, instituídas como atribuições do Conselho Tutelar, pretende orientar o sistema de justiça da infância e da adolescência para suas atribuições primordiais, quais sejam: a prestação da tutela jurisdicional para solução de conflitos e a concretização de direitos fundamentais²⁶³.

Dentre as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente destaca-se a possibilidade de cobrar do Estado, por meio de ação civil pública, o cumprimento de determinados direitos previstos na Constituição Federal e regulamentados pela Lei n. 8.069/90, como o acesso à escola, a sistema de saúde, a programa especial para portadores de deficiência etc.²⁶⁴.

O art. 212 da Lei n. 8.069/90 dispõe sobre a admissibilidade de todas as ações capazes de tutelar os direitos da infância e da juventude, ampliando o universo de procedimentos constantes no Código de Processo Civil e permitindo, inclusive, a aplicação das disposições constantes na Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil

Editora Cronus, 2009. p. 106.

²⁶² MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea**: desafios e perspectivas teórico-práticas. p. 37-38.

²⁶³ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. p. 81. Às p. 41-42, os autores explicam que a tradicional doutrina menorista mantinha junto ao Judiciário uma série de atribuições estranhas a esse poder, mas o princípio da desjudicialização veio para corrigir essa incongruência, fixando ao Poder Executivo a incumbência de prover os serviços necessários de atendimento à criança e ao adolescente e ao Poder Judiciário a atuação nos casos em que os direitos fundamentais não forem concretizados.

²⁶⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 35.

Pública).

Essa faculdade de postular junto ao Poder Judiciário, visando à garantia dos direitos e interesses individuais, difusos e coletivos, representa uma evolução no processo civilizatório. Ao Judiciário é reservado, não mais o papel de tutor da criança acolhida, mas a importante tarefa de interferir na realidade social, analisar a atuação dos demais poderes e contribuir para o resgate da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais²⁶⁵.

Segundo Veronese, o acesso à justiça constitui um avanço na construção da cidadania em dois planos: o primeiro torna mais explícitos os direitos da criança e do adolescente, possibilitando à sociedade uma maior conscientização no que tange ao seu papel de contínua reivindicação dos citados direitos e interesses; o segundo faz com que o próprio Poder Judiciário passe a ser encarado como um instrumento de expansão da cidadania, por ensejar determinadas realizações por parte do Poder Executivo, notadamente no campo social²⁶⁶.

Na esfera da infância e da juventude, é permitido o controle jurisdicional dos atos administrativos sempre que o Executivo deixar de observar os princípios da moralidade, da supremacia do interesse público e da prioridade absoluta da infância e adolescência²⁶⁷.

Não há necessidade de o legislador pormenorizar uma lista de prioridades ao Poder Executivo, para que este priorize as políticas públicas voltadas aos interesses das crianças e dos adolescentes, haja vista que o constituinte já determinou esta prioridade como absoluta²⁶⁸. Porém, ressalte-se, toda e qualquer

²⁶⁵ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 72.

²⁶⁶ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p. 157.

²⁶⁷ MARTINS, Danieli Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente e Política de atendimento**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 92.

²⁶⁸ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. Normas Constitucionais de Proteção à Criança e ao Adolescente: uma questão de eficácia ou desrespeito? In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 117-118: “Deste modo, na área administrativa, “enquanto não existissem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, condições dignas de moradias, trabalho, não se deveria ter como principais ações: asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos, etc.”. E p. 129-130: “Sempre que o administrador deixar de priorizar as políticas públicas da área da infância e da adolescência ou não destinar

possibilidade de Judicialização da política em prol da criança e do adolescente deve manter diálogo permanente com os diversos campos do conhecimento, utilizando-se das contribuições transdisciplinares²⁶⁹.

Ao final deste capítulo, pode-se afirmar que, consoante o entendimento da doutrina aqui exposta, é possível o controle jurisdicional de políticas públicas conquanto se esteja a tratar de políticas públicas ditas essenciais, relacionadas ao mínimo existencial, dentre as quais seguramente se enquadram aquelas destinadas à proteção das crianças e adolescentes.

Mais do que proporcionar a observância de direitos na área da infância e da juventude, o Poder Judiciário deve zelar para que o atendimento do mínimo existencial seja priorizado e prestado na forma de políticas públicas. Nessa seara, o que se almeja é que a atuação do Judiciário seja cada vez menos demandada; mas, para isso, incumbe ao Legislativo e ao Executivo adimplirem os deveres constitucionais a eles impostos.

recursos orçamentários para a execução das medidas já existentes, estará ferindo o texto da lei e, em consequência, os dispositivos constitucionais que lhe dão amparo”.

²⁶⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da Criança e do Adolescente: políticas públicas socialmente consequentes. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. p. 486.

CAPÍTULO 3

A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR À LUZ DAS TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL

Quando da construção da decisão judicial na área da infância e da adolescência, o juiz é desafiado a realizar a interpretação de institutos jurídicos previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil, no Código de Processo Civil e nas convenções de direitos humanos.

Ao se deparar com situações de ameaça ou violação de direitos expostas em ações de destituição do poder familiar, exige-se do magistrado a busca do tênue equilíbrio entre os interesses relevantes (reestruturação familiar *versus* colocação em família substituta) e a definição de um limite temporal para aplicação das medidas voltadas à reintegração familiar.

Nessa tarefa, o juiz, ao tempo que precisa exigir maior efetividade das políticas públicas destinadas às famílias, com vistas a garantir o direito de convivência familiar das crianças e adolescentes, deve impulsionar com celeridade a tramitação dos processos de destituição do poder familiar, nos casos em que as medidas de proteção, apoio e orientação não surtirem os efeitos desejados.

Trata-se de verdadeira questão de complexa solução, denominada pela doutrina internacional como “hard case”. Nessa seara, cumpre estudar as teorias da decisão judicial e investigar aquela que servirá de melhor arcabouço para a tomada de decisão nas ações de destituição do poder familiar.

Neste capítulo propõe-se, inicialmente, o estudo das Teorias da Decisão Judicial desenvolvidas por autores juspositivistas e pós-positivistas (3.1) e uma análise, especificamente no tocante à justiça da infância e da juventude no Brasil, das condições em que atuam os juízes e o que deles se espera (3.2). Essa tarefa de cognição, inevitavelmente, depara-se com o tema da discricionariedade judicial (3.3). Por fim, serão expostos alguns casos concretos de ações de destituição do poder

familiar e as possibilidades de solução mediante a aplicação das teorias da decisão estudadas (3.4).

3.1 TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL²⁷⁰

O sistema jurisdicional brasileiro adota majoritariamente o modelo juspositivista desenvolvido por Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. A decisão judicial é estudada com enfoque na atividade do juiz, o qual resolve os casos por subsunção ou, na ausência de regras claras, com discricionariedade.

A verificação de algumas falhas nas construções teóricas desses autores deu espaço a propostas de superação e aperfeiçoamento, conhecidas como pós-positivistas. Dentre elas, destacam-se as teses de Robert Alexy (procedimentalista), Ronald Myles Dworkin e Lênio Luiz Streck (substancialista) e Richard Allen Posner (pragmatista), que admitem a legitimidade moral das decisões judiciais, a ponderação de princípios jurídicos, a superação das regras por outras fontes e a busca da redução da discricionariedade judicial²⁷¹.

A seguir, serão resgatadas as principais características das teorias da decisão judicial elaboradas por autores juspositivistas e pós-positivistas.

3.1.1 Teorias da decisão elaboradas por autores juspositivistas

O positivismo jurídico ou juspositivismo é o paradigma da ciência do Direito caracterizado pela separação entre direito e moral, pela construção de um sistema jurídico escalonado segundo um critério de validade formal e formado exclusivamente por regras positivadas, bem como pela aplicação do direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (“hard cases”)²⁷².

²⁷⁰ O desenvolvimento do tema apresentado neste capítulo teve como ponto de partida o trabalho acadêmico apresentado pela autora, sob a orientação do Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior: ALCANTARA, Fabrícia. **Destituição do poder familiar à luz das teorias da decisão**. Florianópolis: CEJUR Academia Judicial, 2015.

²⁷¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013. p. 8-9.

²⁷² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A revolução na teoria do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 103, 2012. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso: 15 set. 2016.

3.1.1.1 Hans Kelsen

Hans Kelsen desenvolveu a Teoria Pura do Direito, que fundamenta a ordem jurídica em uma norma fundamental hipotética, a qual consiste no ápice do sistema jurídico escalonado segundo critérios de validade formal. Nesse modelo teórico, a interpretação jurídica “é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”²⁷³ e a atividade do intérprete é conduzida por *subsunção*²⁷⁴.

A decisão judicial, na concepção de Kelsen, não tem caráter meramente declaratório, pois o Direito não está pronto e acabado, mas sim caráter constitutivo, haja vista que o julgador cria uma norma inferior, em conformidade com a norma superior, para produzir efeitos em um caso específico²⁷⁵. Nas palavras do autor:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente²⁷⁶.

Considerando que o ordenamento jurídico autoriza mais de uma resposta adequada para a resolução de cada caso concreto, verifica-se a presença de discricionariedade quando da criação/aplicação da norma. Portanto, a discricionariedade judicial é marca característica da proposta positivista de Kelsen.

3.1.1.2 Herbert Lionel Adolphus Hart

O positivismo jurídico flexível de Herbert Lionel Adolphus Hart admite que as normas apresentam uma zona de incerteza, o que inviabiliza a sua aplicação por mera subsunção em algumas situações e confere poder discricionário

²⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

²⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986. p. 339-340: A relação de subsunção “é uma relação lógica que existe entre o conceito mais geral (abstrato) e o menos geral (abstrato) ou entre o conceito geral (abstrato) e uma representação concreta (conceito individual) [...] realizada na fundamentação de validade de uma norma pela validade de uma outra norma”.

²⁷⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 19.

²⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 396.

aos juízes para criar a norma em casos duvidosos²⁷⁷.

Hart admite a existência de uma “norma de reconhecimento”, que introduz a ideia de um sistema jurídico, apõe às outras normas o selo de autoridade, ao mesmo tempo que identifica como certa uma dentre uma série de normas, constituindo o embrião da ideia de validade jurídica²⁷⁸.

Segundo ele, as regras apresentam textura aberta, pois os padrões de comportamento, ainda que sejam operacionalizados na maioria dos casos, acabam por revelar um grau de imprecisão em algum ponto. Assim, nos chamados casos difíceis (*hard cases*), o órgão aplicador do Direito não encontrará uma resposta preestabelecida (uma norma elaborada *a priori*) no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, será forçado a uma escolha discricionária (*judicial discretion*) entre diversas opções existentes nos limites semânticos da norma, de modo a construir a solução mais adequada às circunstâncias (uma norma elaborada *a posteriori*). Portanto, as aberturas da tessitura normativa ensejam o exercício do poder legislativo intersticial dos juízes, como único meio disponível para a resolução da contenda²⁷⁹.

Este autor admite a existência de um espaço interpretativo para construção discricionária da norma de decisão em cada caso concreto, mediante um processo constitutivo do Direito, à semelhança da construção positivista de Kelsen. Compreende, igualmente, que, ao tratar de casos de complexa solução, as decisões não são elaboradas por meio de mera subsunção ou raciocínio lógico dedutivo da norma de hierarquia superior para inferior. No entanto, ele não desenvolveu mais

²⁷⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166-167: “Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades [...]. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’”.

²⁷⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 123. Neste ponto há semelhança com a proposição de Kelsen, acerca do escalonamento da ordem jurídica segundo critérios de validade formal. Porém, a principal diferença entre a norma fundamental kelseniana e a norma de reconhecimento hartiniana reside no caráter empírico da segunda, na medida em que se trata de preceito concretamente demonstrado pelas pessoas sujeitas à sua incidência. Vide a esse respeito ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. p. 31.

²⁷⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 34-35.

amplamente o desenrolar de tal operação cognitiva nem focalizou o tema da decisão jurisdicional²⁸⁰.

3.1.1.3 Norberto Bobbio

Norberto Bobbio baseou-se no legado teórico de Kelsen, porém propôs uma visão dinâmica do ordenamento jurídico, considerado como um sistema complexo e coerente.

Segundo este autor, as antinomias aparentes do sistema podem ser resolvidas por meio da aplicação dos critérios clássicos da doutrina positivista (critérios hierárquico, cronológico e da especialidade). Todavia, quando insuficientes tais critérios, a solução de antinomias reais requer que o intérprete se socorra de seu poder discricionário, da mesma forma como já referiam Kelsen e Hart. Em suas palavras:

No caso de um conflito em que não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução é confiada à liberdade do intérprete: poderemos quase falar de um verdadeiro poder discricionário do intérprete, ao qual é confiada a resolução do conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas que são usadas há tempos e consolidadas tradicionalmente pelos juristas, e não se limitando a aplicar uma regra única²⁸¹.

Diferentemente do que defendia Kelsen, Bobbio afirma que os princípios gerais do Direito, extraídos implicitamente do sistema, são considerados normas jurídicas, ao lado das regras²⁸², e destaca a importância do ordenamento jurídico não apenas para o controle de condutas desviantes, mas também para o direcionamento social.

Os estudos de teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise de sua função [...]. Creio que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social²⁸³.

²⁸⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 35 e 38.

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 257.

²⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 309: “Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. [...] Para mim não resta dúvida: os *princípios gerais* são *normas como todas as outras*”.

²⁸³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. XII e 79.

Sua teoria da decisão admite ser inviável a construção de um complexo de normas que forneça soluções padronizadas para todos os conflitos futuros ou que promova a renovação de regras em velocidade que acompanhe as rápidas transformações da sociedade. Reconhece que a ordem jurídica é incompleta e depende do estabelecimento de critérios para complementá-la quando, aparentemente, não fornece norma para equacionar o conflito²⁸⁴.

Para completar o ordenamento e evitar que conflitos fiquem sem solução, Bobbio estabelece dois critérios dos quais pode se utilizar o magistrado: i) critério de “heterointegração”, que se socorre de elementos externos ao sistema jurídico, tais como normas do direito natural, costume e equidade, permitindo a criatividade do juiz; e ii) critério de “autointegração”, que utiliza exclusivamente a lei positiva, aplicando analogia, interpretação analógica e princípios gerais do Direito²⁸⁵.

3.1.2 Teorias da decisão elaboradas por autores Pós-Positivistas

O pós-positivismo é uma nova concepção de Direito formada pelo conjunto de diversas propostas que visam substituir o paradigma do positivismo jurídico, mediante a superação de suas principais deficiências e limitações. Apesar de suas bases filosóficas serem ecléticas e seus contornos ainda difusos, o pós-positivismo tem se firmado a cada dia como um discurso competitivo frente à hegemonia positivista ainda reinante na cultura jurídica²⁸⁶.

Luís Roberto Barroso destaca os principais aspectos do quadro teórico pós-positivista: o deslocamento de agenda, que passa a incluir temas como princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica; a importância dos casos difíceis; a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis²⁸⁷.

²⁸⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 55-56.

²⁸⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 57-58.

²⁸⁶ DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 650-654.

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 7

3.1.2.1 Robert Alexy

A teoria do Direito desenvolvida por Robert Alexy é fundada na tradição europeia continental do *civil law*. Confere especial atenção ao tema do sopesamento de princípios jurídicos e da vinculação do Direito e da moral, e refuta a busca da única decisão correta.

O autor defende que os sistemas jurídicos são caracterizados por possuírem uma pretensão à correção e, para satisfazer tal pretensão, os julgadores se socorrem de argumentos morais, mesmo quando existentes dispositivos legais expressos que amparem sua decisão²⁸⁸. Sustenta que os princípios são componentes necessários tanto do Direito como da moral, de modo que o seu emprego para resolução de “hard cases” implica a conexão entre estas duas ordens sociais. Explica o autor:

O positivismo acentua, justamente, que o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em princípios morais. Mas, com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram a moral²⁸⁹.

Vincula-se à vertente pós-positivista chamada de procedimentalista, discursiva ou argumentativa, segundo a qual a racionalidade na

²⁸⁸ Diversas críticas foram elaboradas contra a sua teoria, sobretudo por autores positivistas, os quais alegam que a inclusão de elementos morais no Direito acarreta indeterminação linguística, subjetividade das deliberações e insegurança jurídica. Em resposta às críticas, Alexy sustenta que o aplicador do direito tem a obrigação de apresentar os argumentos morais contrários à incidência do preceito injusto, com vistas a satisfazer a pretensão de correção e, consequentemente, de definir qual o comando jurídico apto para resolver a controvérsia. Ele aplica a fórmula de Radbruch, segundo a qual somente os preceitos que acarretam injustiças extremas podem ter a sua incidência afastada.

Sobre o assunto vinculação do Direito e da moral, vide comentários de ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**.

Cumpra também transcrever a explicação de ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 43-47: “A partir da perspectiva do observador, a tese positivista da separação é, em sua essência, correta. [...] Um quadro totalmente diferente surge quando se contempla o direito a partir da perspectiva de um participante, por exemplo, um juiz. Partindo-se dessa perspectiva, a tese da separação é inadequada, e a da vinculação, correta. [...] os participantes de um sistema jurídico nos mais diversos níveis formulam necessariamente uma pretensão à correção. Se e na medida em que essa pretensão tem implicações morais, fica demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 92.

construção de normas depende da sua formação por meio de um discurso conduzido segundo regras estabelecidas, que visam a promover a correção do resultado²⁹⁰.

Para a teoria da decisão em tela, a análise da correção do resultado está relacionada com a observância das regras do discurso. Sustenta que tampouco nas ciências naturais pode-se falar da formação de uma segurança definitiva e que não é a produção de segurança que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras²⁹¹.

Alexy rejeita a tese de Dworkin de que, para toda hipótese, existe uma única resposta correta (*"the one right answer thesis"*) e admite a relatividade das soluções produzidas por meio do discurso, considerando que a argumentação jurídica pode resultar em decisões diversas para um mesmo caso, em razão da relação entre a pré-compreensão do intérprete e o texto²⁹². Assim, conceitua norma jurídica como o produto da interpretação de um enunciado normativo, a qual pode ser da espécie regra ou princípio.

As regras reduzem a margem de manobra ao intérprete, razão pela qual a sua aplicação ocorre mediante mera subsunção e eventual antinomia é resolvida no âmbito da validade, por meio da aplicação dos critérios de resolução juspositivistas (cronológico, hierárquico e de especialidade). Já os princípios aplicam-

²⁹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 75; ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103: "A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. Segundo ela, uma norma é, então, correta e, por conseguinte, válida, quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, ou seja, de um discurso prático racional".

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 284.

²⁹² ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. p. 64-65: "Sobre uma 'pré-compreensão' deve ser entendida uma hipótese com a qual o intérprete aproxima-se do texto. Essa hipótese expressa uma presunção ou esperança do intérprete sobre a solução correta do problema jurídico pendente de decisão. Seu conteúdo é determinado pelas enformações do mundo da vida e pelas experiências profissionais do intérprete. [...] Por um lado, o entender de uma norma pressupõe o entender do sistema de normas, ao qual ela pertence. Por outro, o entender de um sistema de normas não é possível sem que as normas particulares, que pertencem a ele, sejam entendidas. [...] Normas são universal-abstratas. Os fatos, aos quais elas devem ser aplicadas, são individual-concretos. Normas contêm poucas características, fatos, potencialmente infinitamente muitas. [...] Pelo menos, está claro que o problema somente então pode ser resolvido, quando todas as características do fato e todas as características nas normas possivelmente correspondentes são consideradas".

se por meio de ponderação, mediante sopesamento dos valores relevantes para a solução do conflito no caso concreto, que resulta em uma regra criada jurisdicionalmente para o caso específico²⁹³.

As regras não podem ser aplicadas por ponderação. Mesmo na hipótese de o juiz concluir que uma regra fere um princípio, sua decisão não deve se dar mediante a ponderação da regra, mas sim pelo sopesamento dos princípios que sustentam tal regra com aqueles que lhe são opostos²⁹⁴.

Instaurado o conflito e ausente prévia conformação legislativa, caberá ao magistrado realizar a ponderação direta dos princípios aplicáveis, de acordo com os critérios jurídicos referentes à máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação), de modo a criar uma decisão para solução do litígio, a qual deve ser equitativamente a mesma para eventuais novos casos com idênticas peculiaridades²⁹⁵.

Inúmeras críticas foram tecidas contra a ponderação, principalmente sob o argumento de que se trata de um procedimento caracterizado pelo subjetivismo do julgador. Dentre elas, cite-se a afirmação feita por Lenio Luiz Streck: “A ponderação repristina a velha discricionariedade positivista”²⁹⁶.

Em resposta, Alexy defende que é possível exercer o controle da racionalidade do sopesamento por meio da apreciação dos argumentos sustentados na fundamentação da decisão judicial. Também em defesa da ponderação, Virgílio Afonso da Silva afirma que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108: “O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei da colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas”.

²⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52-56.

²⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 179.

²⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 488.

aplicação do direito” e que o controle da racionalidade do sopesamento é efetuado principalmente pela doutrina jurídica especializada ao analisar a jurisprudência²⁹⁷.

Os defensores da teoria de Alexy sustentam, em síntese, que o modelo de sopesamento representa uma vantagem quando comparado à discricionariedade positivista porque constitui um método de controle dos argumentos utilizados para a tomada de decisões e permite a fiscalização da coerência da jurisprudência por doutrinadores²⁹⁸.

3.1.2.2 Ronald Myles Dworkin

Baseando-se no sistema jurídico norte-americano da *common law*, no qual os precedentes judiciais têm elevada importância e os dispositivos legais somente são bem assimilados depois de interpretados pelos tribunais, Ronald Myles Dworkin elaborou uma teoria liberal do Direito para superar o positivismo.

O autor repudia o ativismo jurídico, entendido como prática de protagonismo da magistratura em face das demais funções estatais, que simplesmente ignora o conteúdo da legislação e dos precedentes para impor sua visão pessoal sobre o melhor destino da sociedade.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige²⁹⁹.

Afirma que o Direito é um conceito interpretativo, de construção das palavras, pois os juízes não compartilham exatamente os mesmos parâmetros linguísticos para decidir³⁰⁰; a discordância não ocorre no nível semântico, mas sim no

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 146-149.

²⁹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 110.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 40-41: “As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. [...] Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”.

âmbito da hermenêutica criativa, que estabelece fundamentos teóricos para a decisão. Propõe uma interpretação construtiva, em que, diante de um dilema, os envolvidos no debate tentarão construir as soluções de acordo com o melhor sentido que podem conferir às práticas jurídicas compartilhadas pela comunidade, de acordo com o peso dos princípios jurídicos incidentes na espécie³⁰¹.

Segundo Dworkin, muitas das teorias da decisão judicial “ainda colocam o julgamento à sombra da legislação”³⁰², todavia não existe um fundamento absoluto que possa impor racionalmente um consenso acerca da verdade. Em suas palavras:

Os juízes desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas próprias convicções e tendências [...]. As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o 'sentido' da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. [...]. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito³⁰³.

Este autor é afinado com a corrente substancialista, pois defende a aplicação de direitos mediante uma interpretação construtivista que objetiva preservar os aspectos morais da Constituição³⁰⁴. Ele critica a proposição juspositivista da separação entre o Direito e a moral; rejeita o convencionalismo, limitado aos direitos expressamente previstos em textos normativos ou, na sua falta, ao uso da discricionariedade; e afasta a ideia do pragmatismo jurídico³⁰⁵.

Ao conceituar Direito, explica que não pode ser compreendido como um conjunto fixo de padrões de julgamento, mas sim um catálogo não taxativo

³⁰¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 124-125.

³⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 128: “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita”.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 109-110 e 448.

³⁰⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 179.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 118-119.

dos diversos argumentos empregados pelos juízes para fundamentarem as suas decisões, dentre os quais se destacam as regras, os princípios e as políticas, sem prejuízo do emprego de outros elementos de justificação³⁰⁶. Estabelece a seguinte distinção: as regras funcionam segundo o critério da validade e são aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada”³⁰⁷; os princípios não possuem o âmbito da validade e são aplicados como padrão de julgamento mediante argumentação racional; e as políticas são padrões fundados em parâmetros utilitaristas, que estabelecem objetivos a serem alcançados no aspecto econômico, político ou social³⁰⁸.

De acordo com a sua teoria da decisão judicial, as decisões devem ser geradas por princípios, e não por políticas, mesmo nos casos difíceis (“hard cases”), pois a argumentação deve assegurar os direitos dos indivíduos, a despeito de promover políticas de interesse da comunidade³⁰⁹.

Diante de casos difíceis, os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões, de acordo com o seguinte mecanismo: “depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular [...]. Mas a regra não existe antes do caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção de uma nova regra”³¹⁰.

Entende ser inviável a adoção de uma norma de reconhecimento (proposta por Hart) ou fundamental (proposta por Kelsen) para verificar a pertinência de um padrão de julgamento ao ordenamento jurídico. A esse respeito, ele explica que, ao considerar os princípios como direito, deve-se rejeitar a doutrina positivista segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais por meio de algum teste que toma a forma de uma regra suprema³¹¹.

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 119.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 239.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36 e 58.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 132-134.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 40.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 70.

A utilização de outras fontes jurídicas como fator de decisão pelo magistrado depende da justificação de sua importância, mediante argumentação pautada na história das práticas jurídicas da comunidade³¹².

Dworkin então propõe uma nova configuração do ordenamento jurídico, sugerindo que ele seja tratado como uma teia inconsútil dos padrões de julgamento adotados ao longo da história em uma comunidade³¹³. A adoção deste modelo supera a visão de que as deliberações são tomadas em uma linha descendente, partindo do topo da pirâmide (norma fundamental ou de reconhecimento) até a base (norma individual do caso concreto), como haviam concebidos os juspositivistas e, conseqüentemente, altera a perspectiva do julgador para um ordenamento jurídico como uma trama íntegra e coerente³¹⁴.

Esse modelo teórico critica severamente a tese juspositivista que confere poder discricionário aos juízes para resolução de “hard cases”, sob o argumento de que pode causar surpresa aos litigantes mediante a imposição de um critério de julgamento não previsto na ordem jurídica. Em seu lugar sugere: “por ser dever dos juízes, mesmo nos casos difíceis, identificar direitos das partes, os juízes nesses casos deveriam recorrer a argumentos de princípios e não a argumentos políticos”³¹⁵.

Como alternativa, Dworkin apresenta a Teoria dos Direitos, segundo a qual as partes possuem prerrogativas e deveres preexistentes à instauração da controvérsia, a serem devidamente reconhecidos pela jurisdição, mesmo na ausência de regras positivas claras, de acordo com os princípios jurídicos incidentes na espécie, que devem ser empregados mediante interpretação construtivista, realizada dentro do ordenamento jurídico (teia inconsútil) e de acordo com a história institucional do Direito³¹⁶.

³¹² DWORKIN, Ronald.. **Levando os direitos a sério** p. 63-72.

³¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 182: “O direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse”.

³¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 150.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 556.

³¹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 151-152.

Esta teoria propõe a superação à insegurança jurídica derivada da doutrina juspositivista, estabelecendo que, em caso de ausência de regras específicas, a atividade decisória está vinculada a princípios preestabelecidos e não baseada em critérios subjetivos do juiz³¹⁷.

Para Dworkin, “há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política”³¹⁸ e a verdade dos argumentos morais não pode ser demonstrada cientificamente, mas depende de ser a única proposição bem sucedida e aceita na comunidade³¹⁹.

Nesse contexto, o autor inventou a figura do juiz Hércules, que delibera com base nos princípios jurídicos, ainda que em contradição com eventuais políticas; aplica o direito criado; faz uma leitura moral das normas jurídicas de acordo com o conjunto de princípios da comunidade; utiliza-se sempre do mesmo método, seja para resolver casos simples ou complexos; e se esforça para procurar a melhor resposta possível dentro da teia inconsútil³²⁰.

3.1.2.3 Lênio Luiz Streck

Lênio Luiz Streck propõe um modelo pós-positivista designado “Crítica Hermenêutica do Direito”, com base nos legados de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Myles Dworkin³²¹. Seus estudos estão centrados na filosofia da linguagem³²², resultado da crise paradigmática da filosofia da consciência.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 164: “O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”.

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 429.

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 152-154.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 128, 165, 184 e 197.

³²¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 70.

³²² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202-204: “a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber [...], que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra [...]. A linguagem como totalidade não implica dizer que ela cria o mundo; este existe independentemente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas”.

O autor rechaça o método explicativo do fenômeno da compreensão, justamente porque ele chega tarde, quando já inaugurado o processo de conhecimento. Para ele, a opção pelos métodos gramatical, teleológico, histórico ou sistemático, dentre outros, reflete apenas um critério de justificação carente de mecanismos de controle³²³.

Streck explica que durante o processo decisório ocorre a fusão de horizontes do intérprete e do texto, os quais já possuem uma carga linguística prévia: o intérprete está inserido no mundo através da linguagem e tem conhecimentos prévios; o texto legal é constituído com signos linguísticos em certo momento histórico e ostenta diversos significados.

A fusão de horizontes se dá pela aplicação. O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá. Essa adição de sentido ocorre da consciência histórica-efetual na qual o intérprete está possuído. Isto porque há um caráter construtivista na história³²⁴.

Todavia, a afirmação de que a interpretação resulta na atribuição de novos sentidos ao texto não implica total liberdade ao intérprete. Este é limitado pelo teor do texto e pela autoridade da tradição, da qual somente poderá se afastar caso apresente fortes justificativas³²⁵. Seu grande desafio consiste em conseguir afastar seus pré-juízos, para atribuir um sentido adequado ao absorver o teor dos textos normativos³²⁶.

³²³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 187-189.

³²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 215. Adiante, na mesma obra, o autor ressalta, p. 275: “O intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma, etc) se dá, pois, uma relação de circularidade [...] porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo sentido que encerra. [...] Não se pode entender o sentido de um texto se não houver entendido o sentido de cada uma de suas partes, porém tampouco se entende plenamente o sentido de cada uma das partes até conseguir a compreensão da obra”.

³²⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 222: “O sujeito da compreensão recebe o legado da tradição; esse legado é compulsório; não há possibilidade de a ele renunciar. [...] A continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima”.

³²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 282: “A condição suprema da hermenêutica é a exigência da suspensão por completo dos próprios pré-juízos”.

Streck ressalta a importância do círculo hermenêutico, uma metáfora que representa o movimento de compreensão estabelecido entre o intérprete e o texto, em que as partes são compreendidas pelo todo e vice-versa, a partir de uma pré-compreensão estruturante³²⁷. Ele discorda da tese da diferenciação entre regras e princípios, adverte que a ponderação “repristina a velha discricionariedade positivista”³²⁸ e nega a cisão entre casos simples e complexos por se tratar de mera percepção do intérprete.

Segundo o autor, princípios não são cláusulas abertas que permitem a discricionariedade interpretativa e o ativismo judicial. Pelo contrário, estabelecem padrões de julgamento para limitar a atuação dos poderes públicos e disciplinar a conduta dos indivíduos, ou seja, justamente para estreitar a interpretação e ampliar o grau de previsibilidade das decisões judiciais.

Nesse contexto, elabora a crítica ao chamado “panprincipiologismo”:

Percebe-se uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”³²⁹.

Orlando Luiz Zanon Junior explica que, segundo Streck, não cabe à jurisdição criar princípios resolutivos das questões a ela submetidas, a exemplo dos argumentos da “não surpresa”, “da confiança” e “da afetividade”, entre outros.

Não se nega a importância de alguns destes adereços como relevantes para fundamentação de determinados casos, mas não se pode conferir-lhes o status de Princípios, justamente porque não

³²⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 196.

³²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 488.

³²⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 538-539 e 581: “Não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ‘ad hoc’ para solucionar pseudoproblemas não são princípios, porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na ‘applicatio’ –, é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito”.

fundamentam Regras, não representam a Moral intersubjetivamente compartilhada pela comunidade e tampouco se irradiam com força vinculante pela ordem jurídica³³⁰.

O intérprete deve assimilar o texto sem impor a sua vontade sobre ele. A afirmação de que “o intérprete sempre atribui sentido ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade dele estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos³³¹.

Esta proposta pós-positivista vincula-se à corrente substancialista, pois objetiva a consecução material dos postulados fundamentais do ordenamento jurídico e, diferentemente da corrente procedimentalista, não está preocupada com o estabelecimento de procedimentos e regras para assegurar a legitimidade apenas formal da construção normativa³³².

Streck adota a teoria da resposta correta, desenvolvida por Dworkin, porém com a ressalva de que a resposta não é a única e a melhor, simplesmente a “resposta adequada à Constituição”³³³, “uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico”³³⁴. Frisa que “decidir não é sinônimo de escolher”³³⁵ e que a decisão judicial não pode ser construída com base na consciência ou no sentimento do juiz, mas sim no sentido da norma jurídica projetado pela comunidade jurídica. Dessa forma, em regimes democráticos, não há mais espaço para que a convicção pessoal do juiz seja utilizada para resolver as indeterminações da lei, os casos difíceis³³⁶.

³³⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 220.

³³¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 112.

³³² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. p. 200-201.

³³³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 386.

³³⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. p. 363-364.

³³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: Decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

³³⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: Decido conforme minha consciência**. p. 54.

3.1.2.4 Richard Allen Posner

Richard Allen Posner desenvolveu uma teoria pragmática denominada Análise Econômica do Direito, para demonstrar como ocorrem as práticas jurídicas no sistema de *common law* norte-americano.

O autor não desmerece a filosofia jurídica, embora entenda que ela deveria estar focada no estudo de “um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais”³³⁷. Segundo ele:

A academia não produz o conhecimento de que juízes, advogados e legisladores necessitam a fim de operar um sistema jurídico moderno, e não existe outra instituição capaz de produzi-lo. A menos que essas graves deficiências do direito acadêmico sejam sanadas, os programas ambiciosos de se aperfeiçoar o direito estão condenados ao fracasso³³⁸.

Orlando Luiz Zanon Junior comenta que Posner prefere uma filosofia envolta em pesquisas científicas, que visa a investigação experimental de temas com importância prática para dar forma ao futuro. Sua teoria vincula-se à vertente pragmática, porém, em um sentido cotidiano, o que recomenda que seja enquadrada como uma terceira modalidade do pós-positivismo, ao lado das propostas procedimentalistas e substancialistas³³⁹.

Essa vertente, do pragmatismo jurídico, “é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão”³⁴⁰. Nesse contexto, Posner afirma que, durante o processo de tomada de decisão, o juiz deve:

[...] olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o

³³⁷ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 20.

³³⁸ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 626.

³³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 232 e 236.

³⁴⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47.

pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos”³⁴¹.

À semelhança da tese sustentada por Dworkin, este autor também ressalta que existe uma inegável ligação entre o Direito e a moral, porém, em sua concepção, “a moral é relativa e não absoluta; na verdade, moral é opinião pública”³⁴².

Posner dedicou-se, sobretudo, ao tema da decisão judicial e desenvolveu uma teoria pragmática para explicar o processo de tomada de decisões. De acordo com tal teoria, os juízes devem proceder a uma reconstrução imaginativa, guiados pelo objetivo de maximizar de riquezas e atentos às consequências do resultado razoável. Nas palavras do autor, “o importante é que pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática”³⁴³. Assim, ao exercer sua função, os juízes devem considerar, sobretudo, as consequências de suas decisões.

A atividade interpretativa dos magistrados deve ser concebida sob uma forma flexível, cabendo-lhes elaborar a decisão judicial mais razoável possível, mediante o esforço imaginativo do problema com o qual os juízes pretéritos estiveram envolvidos, considerando as consequências sistêmicas e peculiaridades do caso e adotando como norte a razoabilidade. É o máximo que se pode exigir de um intérprete e aplicador, considerando a inafastável discricionariedade inerente ao seu ofício³⁴⁴.

Posner mostra-se favorável a uma teoria do direito como atividade e ao behaviorismo. Afirma que, nos casos difíceis, “o objetivo apropriado do

³⁴¹ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 621-622.

³⁴² POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 321.

³⁴³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 42.

³⁴⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 247. Cite-se, a esse respeito, duas passagens do livro de POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 174: “Não me ocorre nenhuma abordagem melhor, para os juízes, do que conceberem sua tarefa, em cada caso, como a de empenhar-se para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias – que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e virtudes do Estado de Direito como o ‘*stare decisis*’”; e p. 176: “As circunstâncias que determinam a razoabilidade das decisões judiciais incluem os termos da lei, os precedentes e todos os outros materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e à conveniência da estabilidade no direito”.

juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo”³⁴⁵. E invoca ensinamentos da filosofia da linguagem, para concluir que a interpretação não depende apenas das propriedades semânticas da construção linguística, mas também das experiências prévias do intérprete e do contexto cultural.

Propõe uma teoria econômica do direito, no âmbito da qual a opção entre os vários resultados possíveis implica uma análise de custos e benefícios quanto ao futuro econômico do país. Segundo ele, a decisão judicial deve promover a maximização da riqueza, que engloba “tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias”³⁴⁶.

Posner sugere aos juízes que sigam quatro passos nas deliberações de “hard cases”: 1) primeiramente, deve-se obter um conceito geral do instituto jurídico em discussão, nos textos legislativos, na história, nas características dos tribunais e dos legisladores; 2) depois, é necessário examinar os precedentes relevantes e outras informações que possam interferir na deliberação; 3) deve-se então analisar as políticas públicas relativas ao caso em análise, buscando uma solução razoável; 4) por fim, deve-se novamente cotejar sua decisão com os precedentes, para verificar se não é por eles anulável³⁴⁷.

Este autor não estabelece critérios para limitar a discricionariedade judicial. Ao contrário, admite que a constância da lei é importante para possibilitar que as pessoas planejem seus assuntos, o que “deve ser compensado pelo interesse social na adaptabilidade da lei à mudança, que é importante para elaborar decisões sensíveis às circunstâncias particulares do caso individual”³⁴⁸. Então afirma:

³⁴⁵ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 37.

³⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 474. Cabe, neste ponto, também destacar, p. 484: “A maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no ‘common law’, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação”. E as considerações tecidas pelo autor em sua outra obra: POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 281: “O juiz pragmático não incorpora a análise custo-benefício ou qualquer outro aspecto da economia como dogma [...]. Ele só a usa se ela o ajudar a identificar e pesar as consequências de decisões alternativas”.

³⁴⁷ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 177-178.

³⁴⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 89.

O destino de um litigante pode ser determinado pela ocasionalidade com a qual um juiz ou juízes calham de se pronunciar nos sucessivos estágios do seu processo, conforme este vai seguindo seu caminho pelo sistema judicial. Isso é lamentável e até mesmo aterrorizante. Porém, as únicas soluções inimagináveis – um Judiciário homogêneo, no qual juízes sendo parecidos, tenderiam a exercer seu arbítrio da mesma forma ou um corpo de doutrina legal tão detalhado e rígido que juízes não teriam arbítrio – são tão indesejáveis quanto inatingíveis³⁴⁹.

A teoria de Posner exige dos juízes que tratem o texto legal e as decisões anteriores como o material mais importante da decisão judicial, pois “são o material no qual a comunidade necessariamente coloca sua confiança principal ao tentar descobrir o que é a ‘lei’”. Um bom juiz deverá então “pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, em detrimento das más consequências de ser tentado a inovar”³⁵⁰.

Dessa forma, em decorrência da inevitável discricionariedade do juiz, não há como se verificar a correção material de uma decisão judicial, mas tão somente avaliar a sua razoabilidade. Neste ponto, Posner discorda da tese da única resposta correta de Dworkin, pois, a correção das decisões jurídicas é política e não epistêmica³⁵¹.

3.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A tomada de decisões em condições de incerteza é tema de especial importância para a ciência do Direito e, no que diz respeito ao objeto de estudo desta dissertação, bastante incidente nas ações de destituição do poder familiar.

Orlando Luiz Zanon Junior afirma que “uma teoria do Direito completa deve apresentar uma tese para resolução dos chamados casos difíceis ou duvidosos (*hard cases*), nos quais os métodos tradicionais de resolução de controvérsias não sejam suficientes”³⁵².

³⁴⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 93.

³⁵⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 50.

³⁵¹ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 406.

³⁵² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 153.

O positivismo jurídico, para atender a tal exigência teórica, forneceu a proposição do poder discricionário do juiz, segundo o que eventuais lacunas ou antinomias devem ser corrigidas mediante a criação de uma regra jurídica pelo juiz, ainda que aplique seu entendimento subjetivo para resolver a controvérsia, pois não está obrigado nem mesmo pela moral. Dessa forma, o magistrado juspositivista primeiro escolhe a linha de decisão que reputa a mais adequada e, posteriormente, elabora uma fundamentação para justificar a sua decisão³⁵³.

Nesse sentido, seguem as considerações tecidas pelo juspositivista Hart, que afirma que, embora os tribunais possam mostrar certo grau de regularidade em suas decisões, eles nunca estão obrigados a segui-lo; logo, estão sempre livres para decidir de modo diverso:

Desde o início do século 20, o estudo crítico das formas de raciocínio pelas quais os tribunais decidem casos tem sido uma das principais preocupações de autores na área da teoria do direito. [...] É verdade que tanto juristas quanto juízes, particularmente em jurisdições em que a separação dos poderes é respeitada, frequentemente suprimiram ou minimizaram a indeterminação das regras ou precedentes jurídicos ao darem uma explicação do seu uso no processo de decisão. [...] Mesmo em casos em que os tribunais reconhecem que uma regra jurídica anterior determina unicamente um resultado particular, alguns teóricos afirmaram que os tribunais sempre 'têm uma escolha'³⁵⁴.

E a crítica dirigida pelo autor pós-positivista Ronald Dworkin à teoria dos casos difíceis fornecida pelo positivismo, por autorizar o juiz a legislar novos direitos utilizando-se da linguagem para justificar sua criação, *in verbis*:

Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão³⁵⁵.

³⁵³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 153-154.

³⁵⁴ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 109-117.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 127.

Em contraposição às teorias da decisão juspositivistas, Dworkin elaborou a Teoria dos Direitos, para a qual o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente³⁵⁶. Sua teoria distingue os argumentos de política (que justificam uma decisão política, mostrando que ela fomenta algum objetivo da comunidade) dos argumentos de princípios (que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita algum direito de um indivíduo ou grupo de pessoas) e defende que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem ser pautadas nestes últimos³⁵⁷. Para tanto, o autor propõe a técnica de Hércules³⁵⁸, já enunciada e lembra aos juízes que devem decidir os casos difíceis com humildade, pois podem errar nos juízos políticos que emitem³⁵⁹.

A atualidade dos debates operados entre Hart e Dworkin se mostra premente quando se indaga o papel do Poder Judiciário diante de situações ainda não regulamentadas pelo Poder Legislativo: se estaria a criar direitos a partir de um exercício de discricionariedade (Hart) ou apenas a reconhecer direitos a partir de uma atividade interpretativa para oferecer a resposta correta (Dworkin)³⁶⁰.

Lênio Streck propõe, quando em jogo a solução de casos complexos (“hard cases”), que as escolhas interpretativas disponíveis ao jurista sejam

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 127. Esta teoria, segundo o autor, “não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente”.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 129-132. Sobre a solução de casos difíceis, o autor explica, p. 136: “Os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão. Precisamos, portanto, de uma explicação da interação da moralidade pessoal e da moralidade institucional que seja menos metafórica, e explique essa interação constante de maneira mais satisfatória”.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 179: “A teoria da decisão judicial de Hércules não configura nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”.

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 203.

³⁶⁰ KOZICK, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O sentido da discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**, a. 39, n. 126, jun./2012. p. 109-110..

limitadas pela tradição. Ele afirma que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta da relação dialética da tradição com a criatividade e a crítica, que se dá da seguinte forma: a tradição dá os limites para a decisão, mas não amarra o julgador a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas; somente após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir uma decisão adequada³⁶¹.

No estudo das teorias da decisão, em várias oportunidades aparece nítida a prevalência de uma postura voluntarista. No Brasil, aceitando a discricionariedade como componente indispensável para solucionar casos difíceis, Rui Portanova defende: “o que importa para o juiz é fazer justiça conforme sua convicção, [...] não é escravo da lei; a sentença, provindo de sentir, tal como sentimento, deve expressar o que o juiz sente, e diante sentimento definir a situação”³⁶². E Luís Roberto Barroso sustenta: “cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade do intérprete”³⁶³.

Conforme explica Streck, no Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX e está presente na concepção instrumentalista do processo, esperando que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependa da “boa escolha dos juízes” e, conseqüentemente, de seu “sadio protagonismo”. Infirma o autor que deve haver limites no processo interpretativo, não sendo aconselhável alçar o intérprete a senhor do texto, estimulando subjetivismos³⁶⁴.

³⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. p. 280-281.

³⁶² PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 (grifo do autor).

³⁶³ BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.

³⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 281-288: “O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete ou asseada nas virtudes pessoais do juiz”.

Segundo ele, a defesa do positivismo pode proporcionar a institucionalização da crença no poder discricionário dos juízes. Então enfrenta a seguinte pergunta: “Como controlar esse poder?”³⁶⁵.

O controle da discricionariedade, consoante a proposição de Streck, deve ocorrer por meio da autoridade da tradição, do círculo hermenêutico e da manutenção da coerência do Direito³⁶⁶. A partir daí propõe um conjunto de cinco princípios conformadores de uma teoria da decisão judicial: i) preservação da autonomia do direito; ii) controle hermenêutico da interpretação constitucional; iii) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; iv) dever fundamental de justificar as decisões; e v) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada³⁶⁷.

A seu turno, Richard Posner ressalta que “o legalismo existe e, portanto, nem tudo está permitido”, porém “o legalismo se encontra em grande medida confinado aos casos rotineiros”³⁶⁸. Para além destes casos, existe uma zona aberta ou de indeterminação, na qual os juízes possuem discricionariedade decisória.

O autor questiona a quem fazer recair a responsabilidade de o direito ser demasiado caro, de invadir em excesso a esfera privada, de ser propenso

³⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 595-598: “Em países como o Brasil, a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente. [...] Em síntese, discricionariedade quer dizer “escolhas”. Quer dizer “o direito estar à disposição do intérprete”. A discricionariedade implica que o direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moral ou socialmente mais útil. Assim, embora o pós-positivismo, o não-positivismo e o neoconstitucionalismo tenham surgido com a pretensão de superar o paradigma positivista, em que pese tenham trazido importantes avanços, não romperam com a discricionariedade [...]. Neste contexto, assim como as teorias kelseniana e hartiana não foram desenvolvidas objetivando controlar a decisão judicial, também nas propostas contemporâneas inexistente um elemento de enfrentamento do arbítrio judicial, que não é colocado como um problema”. E p. 407-413: “Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis”, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade”. Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade” [...]. Alexy, nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico; isso fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? [...] o juiz, o ‘sub-jectum’ da interpretação jurídica”.

³⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: Decido conforme minha consciência. p. 99.

³⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 600-620.

³⁶⁸ POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 6.

ao erro e inseguro. E conclui: a partir do pressuposto de que os juízes apenas aplicam as regras criadas, a responsabilidade pela falta de organização seria dos legisladores; caso contrário, a responsabilidade seria do decisionismo judicial, que cria as próprias regras à luz das peculiaridades de cada caso e gera enorme insegurança jurídica³⁶⁹.

Todavia, Posner considera que a liberdade de julgamento é uma liberdade involuntária, consequência da incapacidade do legalismo de determinar o resultado em muitos casos, o que faz com que os juízes sejam forçados a recorrer a outras fontes, incluindo suas opiniões pessoais de natureza política e suas particularidades³⁷⁰.

Embora este autor chame de ‘desejável’ a redução da amplitude decisória do magistrado, entende que se trata de uma característica típica e inafastável. Em suas palavras, “é desejável minimizar a discricionariedade dos juízes, mas indesejável - e também impossível - eliminar totalmente a discricionariedade oficial”³⁷¹. Dessa forma, o juiz que se sente confortável em seu papel “toma a melhor decisão possível, e o faz sem arrependimentos”³⁷², e não pode fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis³⁷³.

Orlando Luiz Zanon Junior constata que, em geral, há um acordo entre os autores juspositivistas e pós-positivistas quanto à importância da preservação do valor da segurança jurídica para o Direito, pois a principal função do instituto reside em estabelecer limites quanto a deliberações socialmente aceitáveis e gerar previsibilidade quanto às decorrências de uma atuação desviante ou virtuosa. Mas a proposta juspositivista precisa ser aprimorada para reduzir a margem de manobra do órgão aplicador, aumentar o grau de previsibilidade das decisões jurisdicionais e,

³⁶⁹ POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. p. 14.

³⁷⁰ POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. p. 19-20.

³⁷¹ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 81.

³⁷² POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 257.

³⁷³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 65. Comentando a teoria da decisão de Posner, afirma ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. p. 260-261: “Para o autor, o principal óbice à possibilidade de se cogitar da existência de apenas um resultado correto para cada caso reside na heterogeneidade das atuais sociedades, em que as pessoas divergem sobre uma miríade de temas. Mesmo magistrados com formação acadêmica similar e integrantes do mesmo grupo social podem, eventualmente, ter opiniões diversas acerca da melhor solução para determinada controvérsia jurídica. Por esta razão, é impossível determinar objetivamente se uma resposta é efetivamente a única correta”.

consequentemente, ampliar a taxa de satisfação da segurança jurídica, mas sem descuidar da legitimação moral³⁷⁴.

Na tarefa de construção da decisão judicial em casos difíceis, cumpre lembrar o ensinamento do filósofo Edmund Husserl, que sustenta que, nos campos do conhecimento em que a vida se coloca no foco da visão, não mais se aceita o discurso sobre a “objetividade” da ciência, que ignora a “subjetividade” da experiência realizadora do mundo concreto, nem a ingenuidade do cientista, que “é cego para o fato de que todas as verdades por ele objetivamente adquiridas são a configuração de sua própria vida, configuração surgida nele mesmo”³⁷⁵.

Não se pode deixar de considerar que a percepção do juiz se refere somente ao presente, porém “este presente tem atrás de si um passado infinito, e à sua frente um futuro aberto”³⁷⁶. Husserl defende, então, que o pensar não pode produzir outra coisa senão verdades relativas, pois a certeza pode tornar-se duvidosa e dissolver-se no processo da experiência³⁷⁷.

Casos difíceis existem e mesmo aqueles regulados diretamente por uma regra jurídica, em tese clara e precisa, podem trazer diferentes respostas igualmente válidas. É possível imaginar situações em que, de um lado, há um esforço na argumentação, mas, de outro, continuam existindo possibilidades decisórias bem fundamentadas que apontam para solução diversa. Eis, aí, a ideia central da

³⁷⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 118-121. Destaca-se, p. 120: “Ora, nenhum pós-positivista que considere as características e funções típicas do Direito sustentaria uma maior liberdade decisória ao órgão aplicador, pois isto simplesmente atenta contra a própria razão originária dos institutos normativos, que reside justamente em limitar as deliberações, de modo a organizar a vida em sociedade, em atenção ao valor da segurança jurídica”; e p. 121: “Com efeito, os próprios juspositivistas foram os primeiros a encarar o problema da discricionariedade judicial (“judicial discretion”), confirmando que os métodos de interpretação cunhados pelo Paradigma do Positivismo Jurídico, apesar de seus esforços, ainda franqueiam uma larga margem para o exercício da livre atividade discricionária do órgão aplicador, nos chamados casos difíceis (“hard cases”), em razão da ambiguidade da linguagem (“open texture”) ou das eventuais lacunas e antinomias”.

³⁷⁵ HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à Filosofia Fenomenológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 53 e 78.

³⁷⁶ HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à Filosofia Fenomenológica. p. 130.

³⁷⁷ HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à Filosofia Fenomenológica. p. 214-216: “O mundo jamais é dado ao sujeito e às comunidades de sujeitos de outro modo senão como o que para eles é válido, com o conteúdo particular da experiência, e de modo subjetivamente relativo, e como um mundo que, na subjetividade, e a partir dela, assume sempre novas transformações de sentido”.

discrecionalidade: a inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis é legalmente incorreta, e sim, no máximo, inadequada³⁷⁸.

Logo, é possível concluir que, em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico, o que faz com que juiz, para encontrar a resposta que a norma não fornece, aproxime-se da filosofia moral, da filosofia política e das ciências sociais aplicadas. A decisão precisa ser construída de forma argumentativa pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo, porque “o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, a justiça pode estar além dela”³⁷⁹.

3.3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA ÁREA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu, em seu art. 141, o amplo acesso à justiça para toda criança ou adolescente, o que inclui a oferta adequada dos serviços de Defensoria Pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário³⁸⁰.

No tocante ao papel do juiz, espera-se que ele tenha uma formação multidisciplinar e capacidade de remodelar-se, assumindo uma “consciência crítica de que não mais é possível isolar-se em gabinete, alheio ao mundo que o circunda”³⁸¹. Na interposição de interesses afetos à criança e ao adolescente, deve

³⁷⁸ ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discrecionalidade judicial e teoria do Direito. **Revista CEJ**: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano 17, maio/ago. 2013. p. 62.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333-334.

³⁸⁰ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 83-84. A respeito da atuação dos juristas na área da infância e da juventude, transcreva-se também o comentário de ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16: “Em razão da falta de um aprofundamento teórico [...] os juristas ainda não perceberam a dignidade jurídica do novo ramo, associando-o, ainda, com o assistencialismo característico da codificação anterior [...], tem-se dificultado a própria atuação dos operadores do direito (e da própria comunidade) na efetivação dos direitos e garantias conquistados. Tem-se produzido, além disso, uma jurisprudência oscilante e, muitas das vezes, totalmente divorciada da nova concepção, encontrando fundamentos nas premissas do antigo Direito do Menor”.

³⁸¹ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p. 158-159: “Do Poder Judiciário, no tratamento dos conflitos que envolvam interesses difusos, é exigida uma postura que, até então, estava fora de sua atividade jurisdicional, qual seja a de fazer de suas sentenças um espaço participatório, atribuindo-lhes um sentido de efetiva emancipação”. Explicam os autores que, dessa forma, o Poder Judiciário passa a ser um instrumento de expansão da cidadania, pois, além de árbitro de litígios de

proferir decisões fundamentadas não tão-somente no texto legal, mas que compreendam o contexto social.

De acordo com os ensinamentos de Antoine Garapon, a crescente Judicialização da política e das relações sociais tornou mais complexa a atividade de julgar. O Judiciário passou a exercer um poder maior sobre a vida coletiva, de tal modo que os juízes tornaram-se árbitros dos bons costumes e da moralidade política, imiscuíram-se em questões outrora exclusivas de outros poderes e assumiram papéis de conciliadores, mediadores e garantidores dos direitos sociais³⁸².

A versão moderna da teoria geral do processo vem construindo a ideia de que a prestação jurisdicional representa mais do que uma simples técnica de procedimentos; ela dirige-se a examinar conflitos, reconhecendo que a matéria muitas vezes envolve valores éticos que afetam a sociedade como um todo. A partir dessa perspectiva, Silva e Veronese afirmam que o conceito de jurisdição deve buscar inspiração nos valores éticos e sociais do homem, sem apego extremo à regra formal³⁸³.

No entanto, o Poder Judiciário ainda é visualizado pelas camadas populares como uma instituição opressora.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, pretendendo constituir mecanismos capazes de superar os obstáculos para a realização concreta do acesso à justiça, previu a assistência judiciária gratuita e a isenção de custas e emolumentos nas ações judiciais de competência da Vara da Infância e da Juventude, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé (ECA, art. 141, § 2º)³⁸⁴. Ainda, em observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo, previu prioridade absoluta

natureza intersubjetiva, é também chamado a posicionar-se diante de situações de caráter transindividual, como o são os direitos sociais.

³⁸² GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: Justiça e Democracia. Título original: “Le Gardien des Promesses”. Éditions Odile Jacob, 1996. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, p. 20-21.

³⁸³ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p. 113.

³⁸⁴ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. p. 86.

na tramitação de seus procedimentos e processos e na execução de diligências judiciais a eles referentes (ECA, art. 152).

Especificamente quanto às ações para perda ou suspensão do poder familiar, a Lei n. 12.010/2009 modificou a redação do art. 163 do Estatuto, para estabelecer o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do procedimento. Tal regra pretende evitar o acolhimento prolongado da criança ou adolescente, dificultando a sua reinserção na família natural ou extensa, bem como a colocação em família substituta³⁸⁵. Todavia, a prática forense demonstra que esse prazo de tramitação frequentemente é excedido, principalmente devido à falta de estrutura do Poder Judiciário frente às demandas.

A Justiça da Infância e da Juventude, para bem desempenhar suas funções, precisa, além de ter varas estruturadas, juízes preparados e vocacionados, estar respaldada por equipes técnicas interdisciplinares³⁸⁶. Isso porque a complexidade das relações humanas, em especial, envolvendo crianças e

³⁸⁵ TAMBOSI, Isabella Collet. A concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 382.

³⁸⁶ FÁVERO, Diocélia da Graça Mesquita. A interdisciplinaridade, sua importância na formação e sua aplicação ao Direito de Família. Revista Judiciária do Paraná. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2006. p. 32. apud KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 144-145: “Dentre as vantagens do enfoque interdisciplinar, podem ser sintetizados que somente através dele será possível uma certa identificação entre o real e o estudado, resultado da inter-relação de variadas experiências, possibilitando um situar-se no mundo de hoje, de forma crítica. O aporte de várias disciplinas faz-se necessário ao desempenho profissional do jurista, além de possibilitar adaptações e criar possibilidades de novos domínios, notadamente ante a amplitude e diversidade do conhecimento jurídico. A interdisciplinaridade propicia ao sujeito cognoscente a passagem de uma subjetividade, recuperando a ideia inicial da cultura que é a formação do homem total, inserido na realidade, cujo papel é tornar-se agente de mudança”.

No mesmo sentido, TAMBOSI, Isabella Collet A concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 385. A autora ressalta a necessidade de ampliação da estrutura do Poder Judiciário, em especial das equipes técnicas da Vara da Infância e Juventude, para que os processos de destituição do poder familiar tramitem com celeridade, promovendo a efetiva garantia dos interesses das pessoas envolvidas e, caso seja realmente necessária a colocação em família substituta, tal procedimento se realize em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cite-se, também KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. p. 147: “No âmbito da convivência familiar, a efetividade e a célere solução de situações de acolhimento institucional passam, necessariamente, por uma equipe técnica interdisciplinar, bem equipada e bem preparada”.

adolescentes e suas famílias, não pode ser limitada à visão estritamente jurídica; deve compreender uma visão mais ampla, abrangendo áreas como a psicologia, assistência social, psiquiatria e pedagogia. Ocorre que, durante o processamento das ações de destituição do poder familiar, frequentemente percebe-se a insuficiência dessas equipes, que contam com um reduzido número de profissionais da psicologia e do serviço social, quando não a inexistência desses profissionais na estrutura da unidade judiciária³⁸⁷.

Wilson Donizeti Liberati³⁸⁸ tece considerações a respeito da importância da equipe interprofissional, “braço direito” do juiz da infância e da juventude:

O juiz, voltado para as tarefas forenses e à aplicação da lei, não tem condições de apurar o contexto socioeconômico-cultural em que se encontram as crianças e os jovens. Deverá valer-se de pessoas com capacidade técnica que possam realizar o estudo social do caso com critério objetivo e científico. A equipe interprofissional, definida pelo Estatuto, é composta de assistentes sociais, de psicólogos, de educadores, de psiquiatras e outros especialistas. Há a necessidade de recursos, alocados pelo Poder Judiciário, destinados a prover os cargos desses técnicos, que são o “braço direito” da autoridade judiciária, oferecendo importantes subsídios para a solução dos casos. São eles que levantarão a história da criança ou adolescente, sua vida com a família, o meio onde vive, a infração que cometeu, com a finalidade de detectar a causa social que originou a situação de risco pessoal e de apresentar ao juiz o correspondente laudo.

No intuito imediato de garantir proteção à criança, não raro, o juiz, o promotor e a equipe técnica acabam por sobrepor o amparo físico ao vínculo afetivo, “direcionando a ação para a separação da criança da família de origem, ou não dando o tempo necessário para um conhecimento mais fundamentado da realidade vivenciada pelos sujeitos”³⁸⁹.

Percebe-se que, na área da infância e da juventude, decide-se

³⁸⁷ TAMBOSI, Isabella Collet. A concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. p. 383.

³⁸⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174-175.

³⁸⁹ FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007. p. 44.

muitas vezes com base na intuição, da mesma forma que no processo civil, em que há um excesso de liminares deferidas, motivadas geralmente pelo medo ou precaução do magistrado. Isso demonstra a utilização do sistema intuitivo na atividade de julgar³⁹⁰, o que afronta a expectativa de que os agentes do sistema de justiça analisem os casos concretos levados a juízo sob o prisma do cuidado, em busca da medida que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente.

O que se espera dos profissionais atuantes nas varas da infância e juventude é que analisem e intervenham criticamente junto às situações com as quais lidam, direcionando a sua ação cotidiana para o desvelamento do real motivo que leva uma pessoa a não desejar, a maltratar, a abandonar ou entregar o filho, sem banalizar a pobreza. Nesse contexto, o estudo social, quando realizado por profissionais bem preparados, constitui suporte fundamental para a aplicação das medidas judiciais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹¹.

O cuidado do manejo da ação de destituição do poder familiar deve ser redobrado: não se pode cometer a suprema injustiça de se retirar uma criança de seus pais, por esses não terem meios de lhe prover melhores condições de vida, quando é o próprio Estado que descumpre o seu dever constitucional de

³⁹⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Nesse tocante, a obra de Daniel Kahneman, Prêmio Nobel de Economia, estabelece a diferenciação entre dois sistemas de pensamento: o sistema S1 (rápido e intuitivo) e o sistema S2 (devagar, porém mais lógico e deliberativo).

³⁹¹ FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. p. 199-200. Sobre o assunto, a autora refere também, às p. 47-49: “Isso remete à consideração também da inexistência de neutralidade na ação profissional, pois toda intervenção na realidade é impregnada pela visão de mundo, pelos valores levados em conta pelo agente que a executa. [...] Os instrumentos e técnicas de intervenção dos quais o serviço social lança mão são, fundamentalmente, a entrevista, a visita domiciliar, a observação – com os objetivos de pesquisar e analisar acontecimentos, situações de vida. [...] Nesse estudo, ele se pauta pelo dito e não dito, analisando, estabelecendo, enquadrando ‘normalidades e anormalidades’. As pessoas são examinadas, avaliadas, suas vidas e condutas são registradas, construindo-se assim uma verdade sobre elas. Verdade que, por vezes, pode ser construída a partir de padrões ideais de família. [...] A acentuada demanda existente nas Varas da Infância e Juventude, a premência em proteger uma criança em situação de risco, o pouco investimento em recursos físicos, materiais e humanos por parte da instituição, para viabilizar melhores condições de trabalho nessa área, contribuem para que, muitas vezes, o estudo social seja realizado a partir das primeiras impressões, no imediato, no observável aos olhos dos profissionais [...]. Essas ‘provas’, dentre outras medidas costumam sugerir (clara ou implicitamente) a necessidade da permanência ou do afastamento de uma criança da família de origem”.

propiciar a estas famílias o mínimo necessário para que criem e eduquem seus filhos³⁹².

No cenário acima exposto, aperfeiçoar a Justiça é fundamental para garantir a efetividade do direito à convivência familiar e de tantos outros direitos reservados à criança e ao adolescente. A efetivação do direito fundamental à convivência familiar passa, necessariamente, por uma Justiça preparada, equipada, célere, interdisciplinar, com magistrados comprometidos e servidores qualificados. Passa também pelo compromisso institucional dos Tribunais Superiores, do Conselho Nacional de Justiça e, especialmente, dos Tribunais de Justiça, responsáveis pela implantação, manutenção e organização das varas da infância e juventude³⁹³.

Em pesquisa realizada junto ao Juizado da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, com o objetivo de investigar a atuação do poder público no tocante à garantia dos direitos da infância e da adolescência, Luciana de Freitas Guerra Lages apontou:

À época da pesquisa o Juizado era dividido em setores isolados, cada qual voltado para o estrito cumprimento do rito processual da função que lhe cabia, sem uma preocupação de atuação conjunta e articulada. Alguns dos entrevistados afirmaram ser necessário haver um trabalho de conscientização para se estruturar uma rede de atendimento interligada e eficiente. Por outro lado, observou-se que parte dos profissionais não se envolvia ou se sensibilizava com a causa da infância e da juventude, sendo a execução formal da função do setor o objetivo quase que exclusivo em sua rotina de trabalho. Em alguns casos, notou-se uma banalização da questão em si, o que prejudicava ou até mesmo impedia que se buscassem soluções que de fato protegessem e auxiliassem os sujeitos envolvidos a enfrentarem as situações problemáticas em que se encontravam. Percebeu-se também que a maneira como os casos eram tratados

³⁹² ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. p. 141.

³⁹³ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. p. 164-166. O autor afirma que a prioridade absoluta se estende aos orçamentos dos Tribunais de Justiça, em que as varas de infância precisam ser contempladas com recursos privilegiados, pois uma Justiça deficiente, com funcionários em número reduzido, sem equipes técnicas adequadamente preparadas, acaba resultando no descumprimento de direitos fundamentais da criança e do adolescente, principalmente, o direito a procedimento judicial justo e célere. As dificuldades orçamentárias dos Tribunais de Justiça foram e continuam sendo o argumento mais comum que impede a instalação de novas varas especializadas, e o equipamento material e humano das já existentes. Em razão das deficiências na estruturação das varas da infância e da juventude, infelizmente, “é muito comum, na prática, a criança ser acolhida e ficar esperando vários meses até que a equipe técnica, normalmente deficiente, consiga realizar um estudo social, uma avaliação da situação sociofamiliar, prejudicando a rápida solução do acolhimento”.

variava muito de um profissional para outro, de acordo com o seu grau de conscientização e comprometimento. A carência de uma política interna, com sentido educativo e de atendimento articulado entre Defensoria Pública, promotoria, juízes, psicólogos e setor técnico mostrou-se importante causadora de entraves ao trabalho³⁹⁴.

Essa realidade tem sido enfrentada em muitas unidades jurisdicionais do país: alguns profissionais despreparados ou descomprometidos com a causa da infância e da juventude; setores de atuação desarticulados; serviços aplicados de forma padronizada a casos concretos diferentes, mediante a adoção de medidas despersonalizadas. O problema certamente se agrava nas comarcas de vara única, em que, além da carência de profissionais, ocorre o enfrentamento concomitante de uma infinidade de matérias.

Preocupado em buscar maior efetividade às normas insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional de Justiça publicou, no ano de 2015, o resultado de uma pesquisa sobre o tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil. Para tanto, reuniu dados das comarcas com maior volume processual de cada unidade da federação e comparou o tempo médio dos processos de adoção, destituição do poder familiar e medidas de proteção em cada uma delas.

Um ponto interessante dessa pesquisa foi a constatação de que o longo período dos procedimentos de medida protetiva de acolhimento institucional deve-se, na maioria dos casos, à ausência de pretendentes interessados na adoção de crianças ou adolescentes em idade mais avançada. Verifica-se do gráfico (**Figura 1**), apresentado no relatório final daquela pesquisa, que existe uma diferença entre a distribuição das idades de crianças disponíveis para adoção no Cadastro Nacional de Adoção (CNA)³⁹⁵ e o perfil de idades preferido pelos pretendentes.

³⁹⁴ LAGES, Luciana de Freitas Guerra. Direito e política na proteção da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). **Cidadania e inclusão social**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 312-313.

³⁹⁵ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 48-49. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf. Acesso: 29 set. 2016. O CNA, lançado em 29 de abril de 2008, é uma ferramenta criada para auxiliar juízes das varas da infância e da juventude na condução dos procedimentos de adoção. Segue a leitura dos dados realizada pelos pesquisadores: “Pela análise das idades, pode-se dizer que no máximo 28,3% das crianças disponíveis no CNA estariam aptas para serem conectadas com

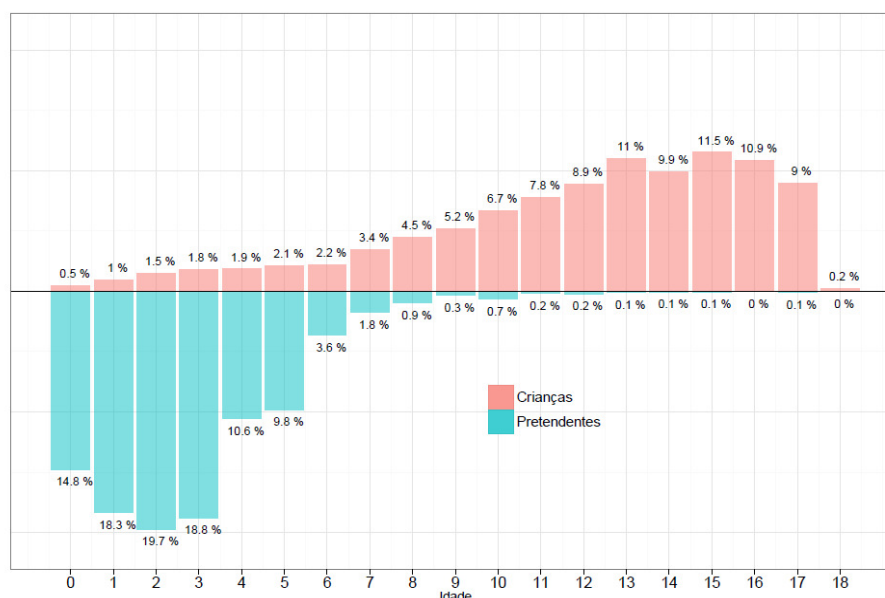


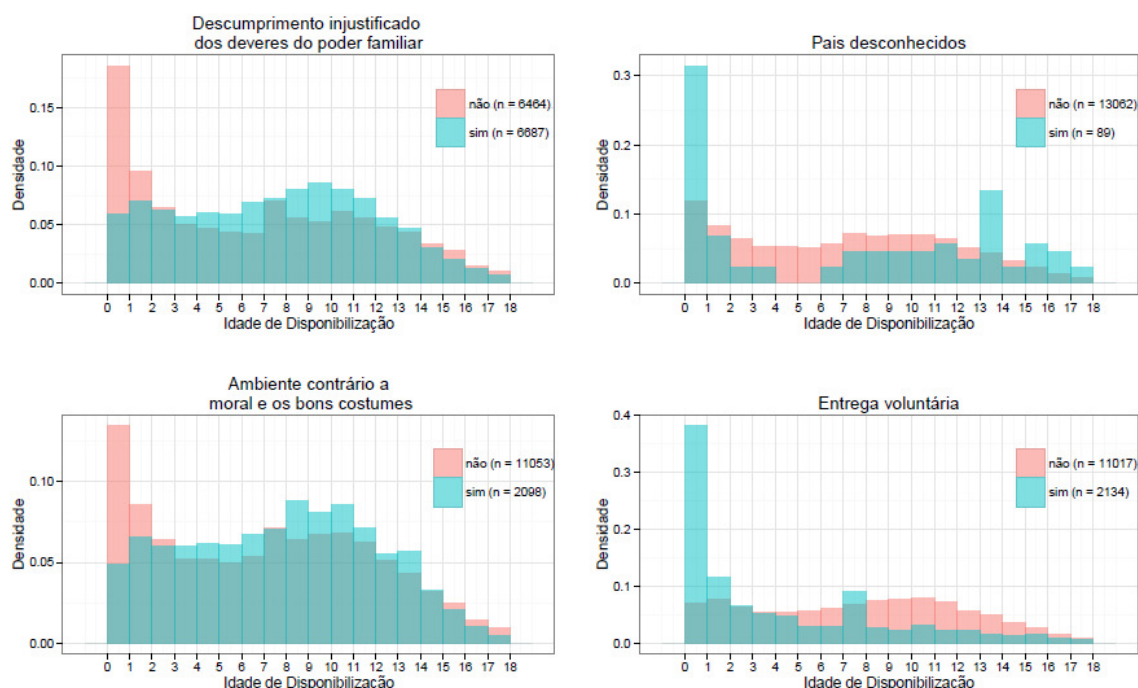
Figura 1: Idade das crianças disponíveis no CNA e idade que os pretendentes aceitam (Fonte: CNA).

Esse resultado levou, então, à indagação dos principais motivos que levam uma criança a ficar disponível para adoção com idade avançada. Os pesquisadores constataram motivos de três ordens: (i) causas naturais (óbito dos pais); (ii) entrega voluntária; ou (iii) conflitos entre a criança e as pessoas que detêm o poder familiar. Nesta última categoria se enquadram as crianças que sofreram de abandono, descumprimento injustificado e reiterado dos deveres do poder familiar e atos contrários à moral e bons costumes; logo, tem especial relevância para o estudo desenvolvido nesta dissertação.

A **figura 2**, a seguir, indica a distribuição das idades de

pretendentes. Ou seja, mesmo que o problema de eficiência exista, ele é pequeno em relação ao problema da diferença de perfis. A diferença entre o perfil de preferência dos pretendentes e o perfil das crianças presentes no cadastro é denominado fenômeno do 'matching'. O relatório do CNJ [CNJ. Encontros e Desencontros. Secretaria de Comunicação CNJ, Brasília, 2013.] comprova que este fenômeno é real e que seu principal aspecto é a disparidade entre as idades das crianças disponíveis e as idades preferidas pelos pretendentes. De um lado, é intuitiva a ideia de que os pretendentes preferem crianças mais novas, pois querem participar ativamente da infância, ajudar a construir o caráter da criança, entre outras explicações plausíveis. Do outro, também é intuitivo que as crianças disponíveis no CNA tenham idades mais elevadas, pois estas são exatamente as crianças que estão "presas" no sistema, i.e., que estão com dificuldade de serem adotadas. A quantidade observada de crianças e adolescentes que estão nesse estado dentro do CNA, no entanto, não é algo intuitivo. Como todas as crianças têm ou já tiveram idades que favorecem as chances de adoção, e como existem muito mais pretendentes no CNA do que crianças disponíveis, tais crianças possuem alguma característica que as impediu de serem adotadas quando eram mais novas. É de interesse da pesquisa entender por quais motivos que existem tantas crianças e adolescentes no CNA com idades avançadas e, por conseguinte, com pouca chance de serem adotadas. Adicionalmente, seria interessante verificar se existem meios para reduzir essa quantidade de crianças, impedindo que um grande número de adolescentes atinja a maioridade sem ter uma família".

disponibilização, relacionando com os motivos de a criança entrar no CNA (óbito dos pais, pais desconhecidos, descumprimento injustificado e reiterado dos deveres do poder familiar, entrega voluntária, ambiente contrário à moral e bons costumes e abandono)³⁹⁶. Nela é possível perceber que o menor volume de idades de disponibilização para adoção ocorre entre zero e um ano (recém-nascidas), e o maior volume, entre 8 e 12 anos. Daí se extrai que o problema da adoção no Brasil não é a duração dos processos de adoção em si, mas sim a demora dos processos relacionados à adoção, especialmente o processo de destituição do poder familiar, cujo trâmite prolongado pode reduzir as probabilidades de adoção das crianças³⁹⁷.



³⁹⁶ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. p. 51- 52.

³⁹⁷ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. p. 53. Os pesquisadores, neste ponto, fazem uma reflexão sociológica sobre o problema: “Sabe-se que o Brasil possui problemas sociais e que parcelas da população são privadas de cidadania. Essa ausência de aparato social pode expor crianças a ambientes inadequados para seu desenvolvimento (extrema pobreza, falta de acesso à educação, alimentação e saúde), de forma que elas acabam envolvidas em situações de violência, uso de drogas e abandono. Esse tipo de situação surge, no entanto, não necessariamente por culpa dos pais biológicos, mas por terem nascido no seio de uma família em estado de vulnerabilidade social, no qual não só os filhos, mas também os pais são vítimas de abandono, pobreza, deseducação e violência”.

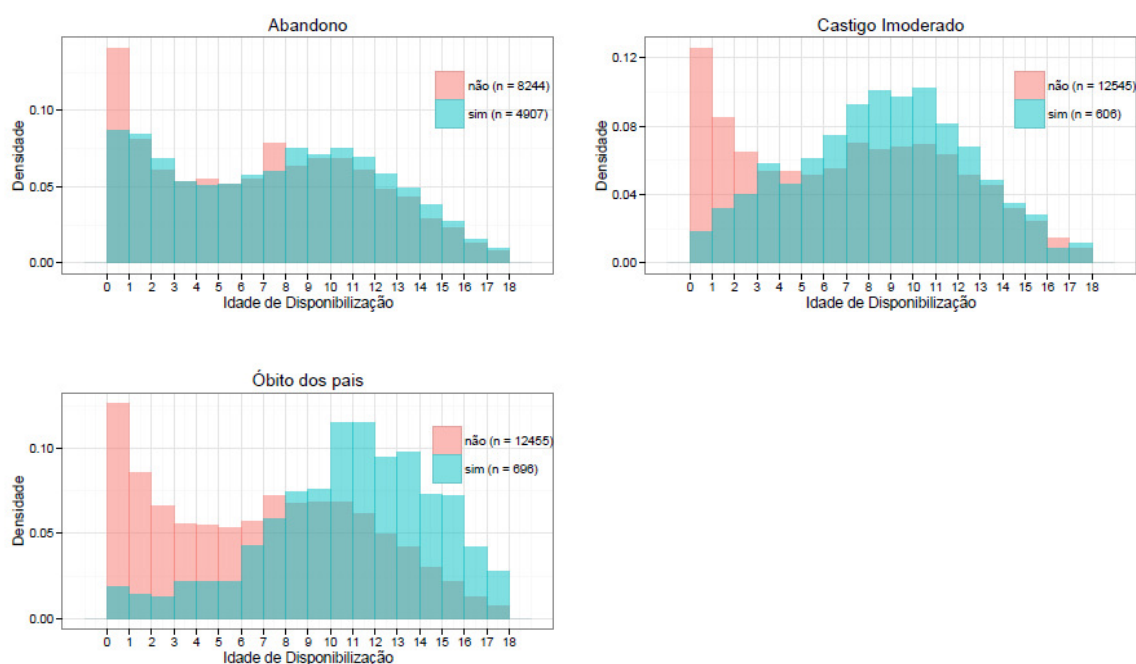


Figura 2: Histogramas das idades de disponibilização das crianças do CNA para cada motivo de perda do poder familiar (Fonte: CNA).

A partir das entrevistas com magistrados e com a equipe interprofissional das varas atuantes na área da infância e da juventude, verificou-se que “muitos magistrados têm dificuldade em avaliar se a situação de abandono decorre de negligência ou abuso paternal ou se o contexto socialmente trágico acaba vitimando a família como um todo, inclusive os pais”³⁹⁸. A avaliação da culpa dos pais biológicos requer uma análise cuidadosa da situação de fato pelo juiz, que tem como forte aliado o trabalho desenvolvido pelas equipes interprofissionais. Por isso, o CNJ comparou os tempos de tramitação dos processos de destituição do poder familiar em varas especializadas ou não na matéria, obtendo o gráfico da **Figura 3**³⁹⁹.

³⁹⁸ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. p. 84. A avaliação da culpa dos pais biológicos depende de uma análise cuidadosa da situação de fato da criança, da família e da comunidade, razão pela qual é patente a importância das equipes interprofissionais para a condução dos processos. É indiscutível o fato de que a existência de psicólogos, assistentes sociais e juízes preparados para tratar desses conflitos é benéfica para o Judiciário, para as crianças e adolescentes.

³⁹⁹ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. p. 85. Os dados da pesquisa referem-se às varas do estado de São Paulo.

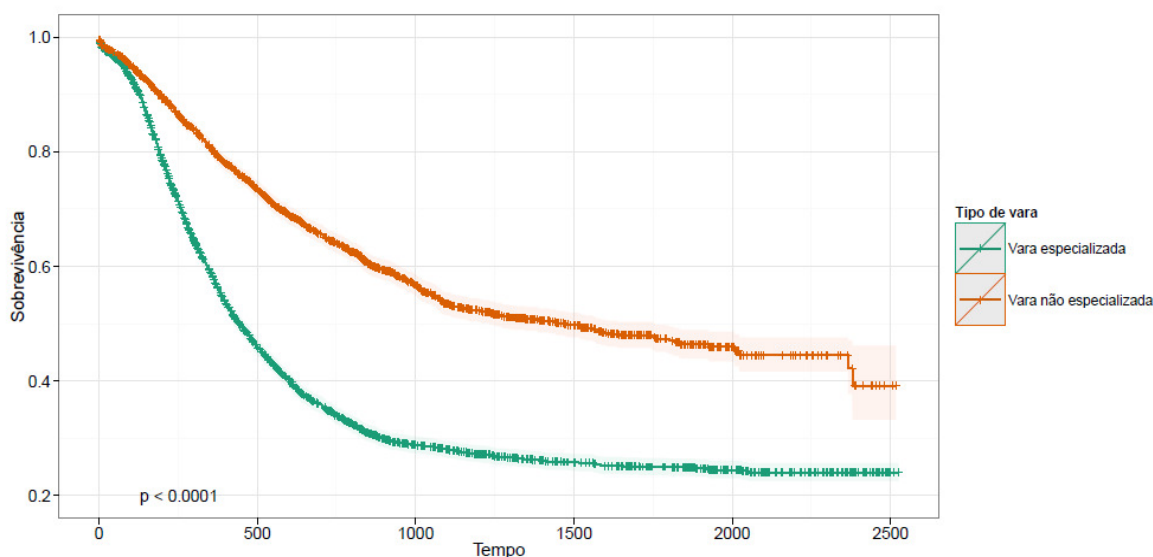


Figura 3: Gráfico Kaplan-Meier do tempo dos processos de perda ou suspensão do poder familiar, da distribuição até a sentença, comparando varas especializadas e não especializadas.

Constatou-se, como já era esperado, que os tempos processuais são significativamente menores em varas especializadas em questões de infância e juventude. Dentre as conclusões tecidas sobre os processos de destituição do poder familiar, destacam-se: i) As crianças que participam de processos de afastamento e destituição do poder familiar compartilham três principais características: muitos irmãos, famílias desestruturadas e pais dependentes químicos; muitos deles vêm de família de origem pobre e suas idades são das mais diversas, a maioria na faixa de 0 a 6 anos. ii) Dentre as opções “citação”, “trabalho da equipe interprofissional”, “trabalho do MP”, “decisão do juiz” e “outros”, as fases que mais afetam o tempo total do processo são a “citação” e o “trabalho da equipe interprofissional”; este justificado pela grande demanda, falta de contingente técnico e pela complexidade do trabalho⁴⁰⁰.

A respeito da atuação do juiz, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Pedro Manoel Abreu, destaca a importância dos ensinamentos de Luís Alberto Warat. Este ensina que o juiz decide a partir de sua espiritualidade, “quando entende de gente”, e a partir de sua sensibilidade, “quando

⁴⁰⁰ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et al. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. p. 101-102. O trabalho do Ministério Público e do magistrado pareceu não ser problema, porém houve uma reação comum que demonstrou certa falta de sintonia entre magistrado, equipe interprofissional e a visão do órgão ministerial sobre a condução do processo de destituição do poder familiar, além de críticas ao excesso de atos processuais e volume de trabalho elevado.

entende de vínculos insatisfatórios”. Pondera que o juiz, quando trata de adquirir sabedoria, “descobre o próprio espírito, para desintoxicar relações, começando pelas dele mesmo” e considera ser contraproducente contar com uma magistratura integrada por juízes “perdidos em meio da maré pessoal de vínculos tóxicos; que tratam de organizar o caos dos outros para escapar do próprio”⁴⁰¹.

O que se espera da magistratura? Que seja composta por pessoas de bem, dotadas de experiência e sabedoria, à definição de Platão⁴⁰²; guardiões da justiça, responsáveis pelo restabelecimento da igualdade entre os litigantes, como pretendia Aristóteles⁴⁰³; juízes cidadãos e conscientes do papel representativo que exercem na sociedade, como ensina Pedro Manoel Abreu⁴⁰⁴; e conhecedores de uma filosofia que transcenda a lógica técnico-objetiva, conforme proposto por Edmund Husserl⁴⁰⁵.

Munir Cury lembra que, ao lado do império da lei, existe um “império espontâneo”, representado pelas exigências do bem comum que se impõem à consciência de cada homem, independentemente de determinação legal. Atualmente, o termo empregado por muitos autores para exprimir o império espontâneo é solidariedade, uma das vertentes da fraternidade, que dá novo sentido à distribuição de justiça. A solidariedade, de um lado tem como base a aplicação da lei e de outro avalia conflitos valorizando a vida, reconhecendo o respeito e a dignidade das partes do processo, segundo o preceito básico de “fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a si próprio”⁴⁰⁶.

Na tomada de decisão em ações de destituição do poder familiar, Alexandre Morais da Rosa adverte que a garantia do direito de convivência familiar não pode prevalecer em detrimento do vilipêndio dos direitos e garantias da

⁴⁰¹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. I. p. 238

⁴⁰² PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 136-137.

⁴⁰³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 102.

⁴⁰⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Magistratura como justiça cidadã**: juiz cidadão como paradigma de uma justiça humanizada. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013.

⁴⁰⁵ HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à Filosofia Fenomenológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 103-106.

⁴⁰⁶ CURY, Munir. Direito e fraternidade na construção da justiça. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 343-344.

criança e do adolescente. Ambos são direitos fundamentais e, em caso de choque, devem ser cotejados normativamente, aplicando o melhor interesse a partir do critério do cuidado para decidir o que deve prevalecer⁴⁰⁷.

Quando em questão a destituição de tão importante encargo, que refletirá sobremaneira no destino de crianças e adolescentes, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, apresenta os elementos que devem influenciar a decisão judicial, conforme segue:

Todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar, que devem estar sobejamente comprovadas, são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna⁴⁰⁸.

Não pode passar despercebido pelo magistrado o fato de que, “com fundamento na paternidade responsável, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição”⁴⁰⁹. Diante dos complexos arranjos familiares existentes no universo jurídico, o juiz deve pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança,

⁴⁰⁷ ROSA, Alexandre Morais da. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança: a questão da destituição do poder familiar. In: **Revista do advogado**, v. 28, n. 101, dez./2008. p. 11-13: “No melhor interesse da criança, lugar vago por excelência, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ das crianças e dos adolescentes e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade. [...] Entretanto, sempre é preciso decidir, adotando-se um critério. E esta escolha é a do fator cuidado”. O autor explica que, quando em colisão o direito dos genitores, da família extensa e da criança, deve ser levado em conta o critério do cuidado, o qual é entendido a partir das situações ditas “descuidadas” e para além das questões meramente objetivas de filiação.

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 01/06/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289>. Acesso 27 set. 2016.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 01/06/2010.

exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças.

3.4 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA DECISÃO NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: ESTUDO DE CASOS

Como visto, as teorias da decisão expostas neste capítulo servem como referencial teórico ao magistrado para a construção da decisão judicial. Fala-se aqui em “construção” justamente por vislumbrar a função jurisdicional como uma atividade em desenvolvimento, um caminho a ser trilhado, que passa pelas etapas de cognição, reflexão e escolha do resultado.

Quando chamado a julgar questões afetas ao direito da infância e da juventude, o juiz frequentemente atua em uma zona aberta ou de indeterminação, em que o ordenamento jurídico não estabelece regramento suficiente para a solução do conflito.

O sistema jurídico normalmente indica o resultado que almeja, mas os conhecimentos da ciência do Direito, por si sós, não trilham o caminho para atingir tal resultado. Por essa razão, não raro, o juiz necessita buscar apoio em outros campos do conhecimento.

Com vistas a identificar uma teoria da decisão que auxilie a atividade do julgador quando trabalha na zona aberta ou de indeterminação, apresento a seguir a análise de quatro casos concretos⁴¹⁰.

3.4.1 Estudo de Caso: “Júlio” e “Josué”

O Ministério Público propôs ação de destituição do poder familiar, referente à criança “Júlio” (10 anos) e ao adolescente “Josué” (12 anos), em face dos genitores “Antônio” e “Fátima”. Para tanto, o representante ministerial alegou que os meninos residem na companhia do pai, em situação de extrema pobreza, alcoolismo e evasão escolar. O genitor não manifesta interesse em responsabilizar-

⁴¹⁰ Os casos concretos propostos neste estudo são todos reais, enfrentados por magistrados na atividade jurisdicional. Foram alterados os nomes indicados nos casos e eventuais informações particulares que pudessem expor ou identificar indivíduos. Tal providência é necessária, sobretudo diante das normas insculpidas no art. 5º, X, da Constituição Federal e art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para preservação da intimidade e privacidade das pessoas envolvidas.

se pelos meninos, alegando dificuldades financeiras, indisciplina das crianças e suspeitas de que não sejam seus filhos. A genitora reside em outro município, não auxilia no sustento dos filhos nem os visita. Durante as férias, o genitor levou “Júlio” e “Josué” para visitarem a mãe, mas esta se negou em recebê-los.

O núcleo familiar já vinha sendo atendido pela rede de proteção há três anos. Tão logo “Antônio” e os filhos chegaram de mudança à cidade, passaram a habitar uma casa de madeira em risco de desmoronamento, sem contar com luz, água, banheiro, alimentos. A Secretaria de Assistência Social do Município providenciou-lhes, então, uma nova moradia, bens de primeira necessidade, alimentação, vestimentas e matrícula em escola.

O genitor, após receber orientação, submeteu-se a tratamento contra o alcoolismo e assumiu os encargos decorrentes da paternidade. Porém, passado um ano dos primeiros atendimentos, ele vendeu o que havia arrecadado, mudou-se com a nova companheira para outro bairro da cidade, conhecido pelo tráfico de drogas, e voltou a negligenciar os filhos, deixando-os desamparados, sozinhos em casa, perambulando pelas ruas ou sob os cuidados de terceiros. Foram aplicadas medidas de proteção pelo Juízo da Infância e da Juventude e realizadas diligências em busca da família extensa dos infantes, mas nenhum parente manifestou interesse em responsabilizar-se por eles.

Durante as intervenções da equipe técnica do Juízo, constatou-se que “Júlio”, já com 10 anos de idade, ainda sofria de enurese noturna e que “Josué” estava infestado de bichos-de-pé. Questionado, o genitor nada fez para reverter a situação e não encaminhou os filhos para a consulta agendada na rede municipal de saúde.

A diretora da escola informou que “Júlio” e “Josué” voltaram a ter infrequência escolar e, quando compareciam às aulas, apresentavam-se em precárias condições de higiene.

Aqui se colocam os primeiros questionamentos para reflexão: É o momento para aplicação de medida de proteção mais severa, a exemplo do acolhimento institucional dos meninos? É momento de suspender o poder familiar dos

genitores e de proibir o direito de visitas? Quais são os elementos que servem de base para essa decisão?

No caso em análise, atendendo a requerimento do Ministério Público, o magistrado aplicou medida de proteção de acolhimento a “Júlio” e “Josué”, em razão da negligência a que foram expostos pelos genitores. Porém, não proibiu a realização de visitas, na espera de uma conduta ativa dos genitores ou da família extensa em favor dos infantes.

Logo em seguida, em entrevista realizada com a equipe interdisciplinar, “Antônio” manifestou o desejo de desistir do poder familiar e afirmou que gostaria que os filhos fossem encaminhados para família substituta. Designada audiência, ele reiterou, na presença do magistrado e do promotor de justiça, não mais desejar exercer o poder familiar em relação a “Júlio” e “Josué”.

Realizado estudo social com a genitora “Fátima”, a equipe interdisciplinar constatou um histórico de negligência também com relação a outros filhos e ela não manifestou qualquer interesse em receber “Júlio” ou “Josué” em sua companhia. Logo após a visita técnica realizada, foram marcadas datas para atendimento pelo CREAS⁴¹¹, porém “Fátima” não compareceu e mudou para paradeiro desconhecido.

Os relatórios apresentados pelo Conselho Tutelar, pela Secretaria Municipal de Assistência Social e pela Equipe interdisciplinar do Juízo confirmaram a negligência dos pais para com os cuidados de higiene, saúde, alimentação e educação dos filhos, além do abandono afetivo.

As testemunhas ouvidas em juízo declararam que, apesar dos esforços empreendidos para reestruturação dos pais, mesmo após tomadas medidas de apoio e acompanhamento do núcleo familiar, não houve mudança positiva no comportamento dos genitores. “Júlio” e “Josué” continuaram vítimas de negligência e abandono. O genitor “Antônio”, embora inicialmente tenha aceitado as orientações propostas e, inclusive, a se submeter a tratamento contra o alcoolismo, teve recaída,

⁴¹¹ Os Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS) são unidades públicas que ofertam trabalho social a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social, cujos direitos tenham sido ameaçados ou violados.

voltou a demonstrar desinteresse pelos filhos e não aderiu aos encaminhamentos prestados pela assistência social do município e pelo juízo. Externou que, primeiramente, pretendia receber uma casa melhor para morar e, daí sim, passaria a pensar em manter os filhos consigo. Ele pleiteou assistência prioritária do Município com relação a moradia, bens de primeira necessidade, alimentação etc., e tão logo foi atendido, vendeu tudo o que angariou. Com o passar do tempo, percebeu-se que, sob a alegação de que os meninos eram indisciplinados, ele buscava alternativas para se eximir da responsabilidade parental, ora acusando a escola, ora tentando entregá-los para a genitora em outra comarca, ora deixando-os aos cuidados de terceiros. A genitora “Fátima”, por sua vez, abandonou os filhos e nada faz para protegê-los. Deixou os meninos sob os cuidados do genitor e, em que pese estar ciente da situação de negligência a que foram expostos, não manifestou interesse em tê-los consigo.

O juiz deste processo, por entender demonstrado que os requeridos negligenciaram os cuidados demandados pelos filhos e violaram as obrigações de assistência moral, material e afetiva, nos termos dos artigos 1.634 e 1.638, incisos II e IV, do Código Civil e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, decidiu pela destituição do poder familiar exercido por “Antônio” e “Fátima” em relação a “Júlio” e “Josué”, encaminhando a criança e o adolescente à família substituta na modalidade adoção.

In casu, em que pese as idades dos meninos na data da sentença e a já conhecida preferência dos pretendentes cadastrados no CNA por crianças mais novas, a adoção conjunta dos irmãos foi exitosa.

3.4.2 Estudo de Caso: “Felipe” e “Manoela”

O representante do Ministério Público ajuizou ação de destituição de poder familiar em face de “João” e “Vanessa”, relativamente aos infantes “Felipe” (5 anos) e “Manoela” (8 anos). Aduziu, em síntese, que os requeridos negligenciavam os infantes, descuidavam de sua higiene e praticavam constantes agressões físicas contra eles. “Manoela” foi vítima de abuso sexual praticado por um conhecido da família e pelo próprio genitor, fatos que teriam sido acobertados pela genitora.

A família já vinha sendo acompanhada pela rede de proteção há dois anos, em virtude da violência física empregada pela genitora contra os filhos e da omissão do genitor. A menina “Manoela” apresentava, inclusive, marcas das agressões sofridas.

O primeiro relatório do caso foi encaminhado pelo Conselho Tutelar ao Poder Judiciário somente após o colegiado ter realizado o acolhimento emergencial de “Manoela”, motivado por suspeitas de abuso sexual. Segundo o referido relatório, a menina teria sido abusada sexualmente por um conhecido da família, há mais de ano. Naquela ocasião, o conselho limitou-se a encaminhar a menina para consulta com psicólogo e orientou a mãe a registrar boletim de ocorrência, mas não acompanhou os desdobramentos dos encaminhamentos prestados nem comunicou tal fato ao órgão ministerial. A escola em que estuda “Manoela” informou que, recentemente, ela relatou para uma educadora que sofrera abuso sexual também por parte do genitor. Segundo ela, “antes, o tio passava a mão em seu corpo e agora o pai faz as mesmas brincadeiras que o tio fazia”; contou tudo para a mãe, que brigou com o pai e pediu a ela que não contasse nada para ninguém.

Realizado estudo social do caso pela equipe interprofissional do Juízo, constatou-se que “Vanessa” apresentava comportamento agressivo para com os filhos, desde bebês, e que o genitor se mostrou omissos em relação às atitudes dela.

Ouvida em juízo, a requerida confirmou as constantes agressões físicas praticadas contra a filha, declarando que “não conseguia se controlar”; declarou que a filha lhe contou acerca do abuso praticado pelo genitor, mas não acreditou; afirmou que os filhos se sentem melhor na casa dos avós do que em sua própria casa. O requerido, por sua vez, disse nunca ter presenciado qualquer agressão aos infantes por parte da genitora e, quanto à prática de abuso sexual, afirmou que “Manoela” inventou a história.

Os avós maternos das crianças declararam que as crianças constantemente ficam sob os seus cuidados, pois a genitora é muito agressiva com os filhos e não se preocupa com nada, alimentação, higiene etc. Por diversas vezes, eles interferiram para que a mãe não agredisse as crianças. “Manoela” se esconde toda vez que “Vanessa” chega na residência. “Felipe” agora relata que presenciava

os abusos sexuais sofridos pela irmã, mas antes nada contava porque os pais o ameaçavam dizendo que iriam “cortar a sua língua”. O genitor vive no mundo da fantasia, mente muito e apresenta problemas neurológicos. A genitora não trabalha, passa o dia todo assistindo televisão e deixa os filhos sob os seus cuidados.

A família foi submetida a tratamento psicológico. A profissional verificou problemas de ordem mental, com relação à genitora, tais como relato desorganizado, dificuldades cognitivas e intelectuais, alucinações, sintomas depressivos e psicóticos. A infante “Manoela”, por sua vez, descreveu à psicóloga as práticas de abuso sexual, referindo medo de que aconteça novamente.

A essa altura, questiona-se: É caso de aplicação de medidas de apoio e orientação aos pais? É caso de aplicação de medida de proteção mais severa, a exemplo do acolhimento institucional das crianças? Quais são os elementos que servem de base para essa decisão?

No caso ora analisado, após a intervenção do Juízo, as crianças não foram acolhidas institucionalmente, mas colocadas sob a guarda dos avós maternos.

Na sequência, foi elaborado novo estudo social, que não verificou mudanças de comportamento por parte dos genitores: “eles não promoveram qualquer mudança em sua rotina, não visitaram os filhos na casa dos avós e estão relutantes em receber apoio da rede de atendimento para reestruturação familiar”.

Daí que, com fundamento no artigo 1638, incisos I, II e IV, do Código Civil e, ainda, a infringência dos deveres estipulados nos artigos 1634 e 22, respectivamente do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi proferida sentença que destituiu os genitores do poder familiar em relação aos filhos, como forma de garantir o melhor interesse dos infantes.

3.4.3 Estudo de Caso: “Plínio”, “Gabriel” e “Mônica”

O Ministério Público propôs ação de destituição do poder familiar em face de “Cristina” e “Diego”, relativamente às crianças “Plínio” (recém-nascido), “Gabriel” (2 anos) e “Mônica” (3 anos). Alegou que a genitora tentou entregar o filho recém-nascido “Plínio”, em adoção irregular, para terceiros não integrantes dos

cadastros de adotantes; quando a intenção ilegal foi descoberta, ela procurou “Diego” para registrar a paternidade do menino tentando evitar o acolhimento institucional da criança; ela não exerce os deveres inerentes ao poder familiar e deixa “Gabriel” e “Mônica” sob os cuidados de terceiros.

O Conselho Tutelar noticiou ao Ministério Público ter recebido denúncias acerca de suposta prática de “adoção à brasileira”. As denúncias davam conta de que “Cristina” estava grávida, com cesariana marcada, e pretendia entregar o filho para um casal que vinha acompanhando a sua gestação e já havia, inclusive, preparado enxoval e um quarto para o bebê em sua residência.

A maternidade encaminhou a Juízo relatório do atendimento prestado a “Cristina”, dando conta de que ela se fez acompanhar, no momento da cesariana, por uma suposta prima sem documentação de identidade. Posteriormente, a genitora confirmou que a sua intenção era entregar o bebê para o casal de pretendentes. O suposto genitor de “Plínio” não se fez presente durante a gestação, mas decidiu registrar a criança em seu nome para evitar o acolhimento após a denúncia da adoção irregular.

Foi realizado estudo social do caso pela equipe técnica do juízo, que concluiu: “Cristina” não tem estrutura definida para o cuidado dos filhos; está sempre à mercê dos auxílios de terceiros; sua proposta de cuidados é frágil, ficando apenas no campo da fantasia; “Diego” também se mostra descompromissado para com “Plínio”; nada fez para apoiar a genitora no período gestacional; registrou o menino, mas afirma que, se a paternidade biológica não se confirmar em exame de DNA, não o assumirá; e, caso a paternidade seja confirmada, pretende entregá-lo aos cuidados de seus familiares. Houve dificuldade da equipe para contatar os requeridos, com vistas ao acompanhamento e orientação, pois eles não atenderam aos chamados e faltaram às consultas agendadas.

As testemunhas ouvidas em juízo declararam que “Plínio” foi vítima de abandono logo que nasceu, pois a genitora tentou entregar o filho recém-nascido a terceiros, com a consequente privação do aleitamento materno e dos vínculos afetivos que estariam em formação. “Gabriel” também foi entregue aos cuidados de terceiros pela genitora, aos cinco meses de vida, deixando de receber

visitas e atenção da mãe. “Mônica”, da mesma forma, não recebeu os cuidados necessários para o seu desenvolvimento, apresentando-se como uma criança apática, pouco estimulada.

A paternidade de “Diego” em relação à criança “Plínio” foi comprovada por exame de DNA. Logo em seguida, o genitor deixou clara a intenção de entregar o filho aos cuidados dos avós paternos e passar a exercer o direito de visitas. Estes, por sua vez, não aderiram a este plano, manifestando não pretender exercer a guarda do neto.

Os genitores foram orientados pelos profissionais que integram a rede de proteção, no sentido de que seria necessário o planejamento e a estruturação por parte deles para receberem os filhos, porém não demonstraram conduta ativa nesse sentido nem aderiram aos encaminhamentos prestados.

Ao final do processo, comprovada a negligência e o abandono das crianças “Mônica”, “Gabriel” e “Plínio”, foi decretada a destituição do poder familiar exercido pelos requeridos e, em continuidade, realizada a colocação das crianças em família substituta, na modalidade adoção.

3.4.4 Estudo de Caso: “Jonathan”, “Cleber” e “Carolina”

O Ministério Público ajuizou ação de destituição de poder familiar em face de “Amanda”, relativamente aos infantes “Jonathan” (11 anos), “Cleber” (9 anos) e “Carolina” (2 anos), sem paternidade conhecida. Aduziu que a requerida negligenciou os dois meninos, deixando-os aos cuidados da avó materna, que é usuária de drogas e álcool, além de se mostrar omissa em relação a sua higiene e educação. Com relação a “Carolina”, havia suspeita de que a genitora teria feito uso de substâncias entorpecentes durante a gravidez e a amamentação. Os genitores de “Cleber” e de “Jonathan” são desconhecidos e o genitor de “Carolina” é falecido.

Nos autos de medida de proteção, instaurada meses em favor dos infantes, constatou-se a negligência da requerida com relação à higiene e a vida escolar de “Cleber” e “Jonathan”. Verificou-se, ainda, que o antigo companheiro de “Amanda” ameaçava os meninos de morte, violentava-os física e psicologicamente, chamando-os de “*demônios*” e causando-lhes hematomas. A genitora, à época, não

tomou qualquer atitude para protegê-los, sequer registrou boletim de ocorrência a respeito ou aceitou ajuda da rede de proteção à infância.

Elaborou-se estudo social do caso, que deu conta de que “Cleber” e “Jonathan” apresentavam muitas faltas escolares e precárias condições de higiene, além de perambularem sozinhos pelas ruas pedindo comida aos vizinhos, pois a avó, guardiã de fato, não lhes fornecia alimentação. “Carolina”, por sua vez, residia na companhia da genitora, encontrava-se bem asseada e vinha sendo atendida pela mãe em todas as necessidades; esta negava qualquer envolvimento com drogas.

Foi então decretada a suspensão do poder familiar que a requerida exercia com relação a “Jonathan” e “Cleber” e determinado o acolhimento institucional dos infantes. Já no tocante à criança “Carolina”, determinou-se a apresentação de novos relatórios de acompanhamento pelo CRAS⁴¹² e Conselho Tutelar.

Aqui, uma pausa para os questionamentos: Essa seria a melhor decisão? Deve-se analisar a situação de cada criança separadamente para fins de aplicação da medida de proteção de acolhimento institucional ou analisar a conduta global da genitora, estendendo a medida a todos os seus filhos?

Pois bem. Como visto, no caso em epígrafe, o magistrado foi adepto da primeira posição.

Ocorre que, na continuidade, vieram aos autos novos relatórios dando conta de que a genitora negligenciou, também, os cuidados para com “Carolina”. “Amanda” passou a frequentar bares nas madrugadas e a consumir bebidas alcóolicas, levando consigo a filha. Houve relato, inclusive, de uma briga em bar, na presença da menina.

⁴¹² Os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) são unidades descentralizadas da política de assistência social, responsável pela organização e oferta de serviços de proteção social básica do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) nas áreas de vulnerabilidade e risco social.

Ante aos novos fatos noticiados, foi determinado o imediato acolhimento institucional da menina e a suspensão do poder familiar de “Amanda”, além da proibição de realização de visitas.

Um momento de reflexão se impõe neste ponto: Pode-se afirmar que a decisão inicial de acolher institucionalmente apenas “Jonathan” e “Cleber, sem fazer o mesmo com relação a “Carolina”, foi equivocada? Como poderia o juiz antever, naquele momento processual, as consequências do sim e do não? Para próximos casos semelhantes que julgar, deve o magistrado acautelar-se passando a acolher, sempre, todo o grupo de irmãos, independente da situação individual de cada criança?

Em continuidade, foram ouvidas testemunhas. A diretora da instituição de acolhimento, afirmou em juízo que, logo após o acolhimento dos infantes, a requerida ficou por mais de vinte dias sem visitar os filhos; os meninos chegaram na instituição usando roupas muito sujas e rasgadas; eles contam que não tomavam banho todos os dias nem escovavam os dentes. A avó materna os visitou apenas uma vez e nenhum outro familiar manifestou interesse pelos infantes.

Um conselheiro tutelar, ouvido em juízo, disse que a escola dos meninos relatou ao Conselho Tutelar que eles viviam sujos, com higiene precária, e que afirmavam que o padrasto batia em seu rosto. Na época, em visita à família, constatou que a casa estava demasiadamente suja, havia roupas amontoadas nos cantos, mofos nas paredes, lixo jogado pelo chão.

A psicóloga do CRAS que atendeu o núcleo familiar afirmou que a escolha afetiva do companheiro de “Amanda” afeta o desenvolvimento de seu papel de mãe, pois ela sempre se dedica mais ao papel de companheira; a depender de quem seja o seu atual companheiro, os meninos permanecem ou não em sua companhia; “Amanda” permitia que os filhos ficassem sob os cuidados da avó materna, mesmo quando esta estava em situação de embriaguez.

O irmão da requerida, tio das crianças, declarou que “Amanda” já teve vários companheiros; nunca limpa a casa e não dá banho nas crianças, por isso, os meninos iam sujos para a escola; “Amanda” fumava inclusive quando estava grávida; não sabe o que ela fumava, mas não era cigarro; recentemente, “Amanda”

deixou “Carolina” aos seus cuidados, dizendo que iria procurar emprego, mas em verdade foi a um bar.

A requerida apresentou exame toxicológico nos autos, o qual não foi considerado pelo magistrado como prova, em razão do período extremamente limitado de detecção de tal exame. O laboratório responsável pela realização do exame esclareceu que o período de detecção de substâncias entorpecentes varia de 1 (um) a 3 (três) dias, podendo alcançar no máximo 10 (dez) dias, em caso de consumo intenso de drogas lipossolúveis.

Por fim, foi julgado procedente o pedido de destituição do poder familiar, com fundamento no artigo 1638, incisos II e III, do Código Civil e encaminhadas as crianças para adoção.

No tocante à família extensa, a avó materna dos infantes chegou a formular pedido de guarda dos netos “Cleber” e “Jonathan”, porém desistiu da ação. Uma suposta madrinha de “Carolina” formulou pedido de guarda unicamente em relação à menina, o qual foi julgado improcedente ante a constatação dos fortes laços afetivos existentes entre os irmãos, o que se sobrepõe ao interesse da requerente em ser guardiã de apenas um deles.

A adoção das crianças, neste caso, ocorreu na modalidade adoção internacional, haja vista que não havia pretendentes nacionais habilitados interessados em receber o grupo de irmãos.

3.4.5 Soluções possíveis e construção da decisão judicial à luz das teorias da decisão

O estudo de casos aqui desenvolvido pode encontrar diferentes respostas no universo de possibilidades do sistema jurídico. Passa-se a expor algumas soluções possíveis:

1) improcedência do pedido de destituição do poder familiar, com desacolhimento da criança ou adolescente e entrega aos pais;

2) prolongamento do curso processual da ação de destituição, para aplicar outras medidas de proteção à criança ou adolescente e medidas de apoio

e orientação aos pais, como novas tentativas de reestruturação da família natural para assumir os encargos do poder familiar;

3) improcedência do pedido de destituição do poder familiar com a colocação da criança ou adolescente em família extensa na modalidade guarda, mantendo-se o poder familiar dos pais;

4) procedência do pedido de destituição do poder familiar com a consequente colocação da criança ou adolescente em família substituta, preferencialmente na modalidade adoção;

5) extinção da ação de destituição do poder familiar sem resolução do mérito em decorrência de falecimento dos pais no curso do processo, seguida de aplicação de medida de proteção à criança ou adolescente órfã, com imediata colocação em família extensa ou substituta;

6) homologação da desistência do poder familiar, expressa por um ou ambos os genitores na presença do juiz e do promotor de justiça.

Está-se, portanto, diante de casos de difícil solução, que trazem um amplo leque de opções ao magistrado, caminhos a serem seguidos, para atingir a proteção integral da criança ou adolescente. Colocando-se no papel de julgador, passa-se agora a aplicar as teorias da decisão estudadas.

Nos casos concretos expostos nos itens de 3.4.1 a 3.4.4, se adotada a teoria da decisão de Hans Kelsen, a atividade do julgador será conduzida por subsunção e o Direito será aplicado no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

Neste modelo, o juiz deve utilizar como ponto de partida as disposições constitucionais em que se funda o ramo do Direito estudado – infância e juventude – e, depois, investigar a legislação infraconstitucional aplicável ao tema específico – destituição do poder familiar.

Chamado a decidir o conflito exposto pelas partes no processo, case se baseie no aporte teórico produzido por Kelsen, o magistrado interpretará os artigos 6º, 24, XV, 226, 227 e 229 da Constituição da República de 1988. Em seguida,

passará a analisar as disposições dos tratados de direito internacional e da Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente, os artigos 4º, 19, 22, 23, 24, 98, 101, 155 e 163 desta lei. Aplicará os prazos processuais previstos no Código de Processo Civil nos casos omissos da lei especial (Estatuto), como por exemplo, o prazo do edital para citação dos genitores que se encontram em local desconhecido. Por fim, na falta de uma solução legal completa e efetiva para o problema, verificando que o ordenamento jurídico autoriza mais de uma resposta adequada, recorrerá à sua margem de discricionariedade.

Segundo a teoria de Kelsen, o processo de tomada da decisão judicial tem caráter constitutivo, pois o julgador cria uma norma inferior, em conformidade com a norma superior, para produzir efeitos no caso concreto. É justamente porque o ordenamento jurídico autoriza mais de uma resposta adequada que o juiz exerce discricionariedade quando da interpretação/aplicação da norma.

Se, em vez da teoria da decisão de Kelsen, adotar-se a proposta de Hart, ainda assim o resultado será semelhante. Este autor admite que o juiz, ao resolver casos difíceis, não encontrará uma resposta preestabelecida no ordenamento jurídico e será forçado a escolher uma entre as opções existentes na tessitura aberta da norma.

O que pretende Hart é que o juiz construa a solução mais adequada às circunstâncias. Para tanto, afirma que não basta o julgador usar de mera subsunção ou raciocínio lógico dedutivo. No entanto, sua teoria da decisão não desenvolveu tal operação cognitiva.

Ainda dentre os positivistas, destaca-se a teoria da decisão de Bobbio, que, da mesma forma como já referiam Kelsen e Hart, admite o uso da discricionariedade do julgador quando insuficientes os critérios clássicos de solução de antinomias (critérios hierárquico, cronológico e da especialidade).

Bobbio reconhece que a ordem jurídica é incompleta e sugere que, para completá-la e evitar que os conflitos fiquem sem solução, o magistrado se utilize dos seguintes mecanismos: analogia, interpretação analógica e princípios gerais do Direito (mecanismos de autointegração) ou de elementos externos ao

sistema, tais como normas do direito natural, costume e equidade (mecanismos de heterointegração).

Esta teoria diferencia-se da de Kelsen porque, ao lado das regras, considera como normas jurídicas também os princípios gerais do direito, os quais são extraídos implicitamente do sistema.

Ocorre que, se de um lado os princípios gerais de direito podem operar como mais um parâmetro limitador das opções do julgador, de outro podem também servir como elementos de abertura do sistema, por abrangerem amplo espectro de interesses e permitirem a mais vasta gama de argumentos.

Como exemplo, cite-se o princípio da proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, o qual, se adotado isoladamente, poderá conduzir à imediata destituição do poder familiar, de forma célere, mas talvez apressada, em detrimento das tentativas de reestruturação dos pais. Isso porque, se o juiz interpretar tal princípio de forma dissociada dos demais elementos normativos do sistema do direito da infância e da juventude, pode vir a considerar as melhores condições imediatas da família substituta frente às precárias condições atuais que a família natural proporciona ao infante. Tal caminho pode ser perigoso.

Portanto, se adotadas as teorias da decisão positivistas, seja de Kelsen, Hart ou Bobbio, a decisão nos casos acima propostos será necessariamente permeada por grande dose de discricionariedade.

Passamos, então, a investigar se as teorias pós-positivistas produziram um resultado diferente.

De acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, a decisão jurídica é tomada por meio do procedimento lógico dedutivo de subsunção de regras jurídicas ou, alternativamente, por meio da operação argumentativa da ponderação de princípios jurídicos, balizada pela lei da colisão e pela proporcionalidade, cujo resultado é uma nova regra jurídica, a qual então é aplicada por subsunção⁴¹³.

⁴¹³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 251-252.

Nos casos concretos propostos neste estudo, as regras jurídicas não são suficientes para estabelecer o lapso temporal a partir do qual o magistrado deve desistir das tentativas de reestruturação familiar. Então, se adotar a teoria da decisão de Alexy, o juiz aplicará a técnica da ponderação, mediante o sopesamento dos princípios envolvidos no caso concreto, tais como o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o direito de convivência familiar e comunitária, o princípio da paternidade responsável etc.

Como já visto, inúmeras críticas foram formuladas contra a técnica da ponderação, principalmente sob o argumento de que ela é marcada pelo subjetivismo do julgador. Todavia, a ponderação introduz um elemento de limitação das opções do juiz, na medida em que, pelo menos, permite o controle da racionalidade dos argumentos utilizados na fundamentação da decisão judicial.

Em que pese a técnica da ponderação não excluir, por completo, qualquer discricionariedade do juiz, ela desnuda as razões de decidir, que, antes, na doutrina positivista, ficavam veladas e despreocupadas com o crivo da doutrina e da jurisprudência. Portanto, é por essa razão que a teoria de Alexy representa uma vantagem quando comparada às teorias positivistas de Kelsen, Hart e Bobbio.

A teoria da decisão do pós-positivista Ronald Dworkin, por sua vez, conduz a uma proposta diferente para a resolução dos casos difíceis. Para além da mera subsunção de regras jurídicas, propõe o autor que o juiz utilize a operação argumentativa do balanceamento dos demais padrões de julgamento, de acordo com uma interpretação construtivista da história institucional das práticas jurídicas da comunidade, considerando a integralidade do sistema⁴¹⁴.

Dessa forma, segundo Dworkin, a solução judicial dos problemas aqui propostos deve considerar todo o conjunto de padrões de julgamento, balanceados pelo juiz sem perder de vista a tradição da comunidade em que se encontra inserido. O processo decisório envolverá, para além do complexo de regras jurídicas, os princípios relacionados ao tema (prioridade absoluta, melhor interesse da criança e do adolescente, convivência familiar e comunitária etc.), a existência ou a

⁴¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 252.

inexistência de políticas públicas afetas à área da infância e da juventude na realidade local (atendimento a famílias de baixa renda, fomento da adoção tardia ou de grupos de irmãos, programas de orientação e atendimento psicológico ao núcleo familiar etc.) e outros elementos de justificação ligados a questões morais e à tradição daquela comunidade.

A opção pelo modelo de Dworkin supera a visão positivista de que as deliberações são tomadas partindo do topo da pirâmide até a base. Isso porque, como alternativa para a ausência de regras positivas claras e objetivando preservar os aspectos morais da Constituição, propõe que o juiz proceda a uma interpretação construtivista dos princípios jurídicos incidentes na espécie, dentro da trama coerente do ordenamento jurídico e de acordo com a história institucional do Direito.

Cumprir manifestar discordância com relação a um ponto da teoria de Dworkin. Diante da ampla abertura do sistema jurídico aos critérios da moral e da tradição, é questionável a concepção defendida por Dworkin de que sempre haverá apenas uma única solução correta e de que o juiz tem capacidade sobre-humana para alcançá-la.

Nesse contexto, é que o pós-positivista Lenio Streck ressalta que a resposta que se busca não é a única nem a melhor, mas simplesmente a “resposta adequada à Constituição”⁴¹⁵. Frisa o autor que a decisão judicial não pode ser construída com base na consciência ou no sentimento do juiz, e sim no “sentido da norma projetado pela comunidade jurídica”⁴¹⁶.

Porém, da mesma forma que Hart, quando enunciou uma direção a ser seguida pelo julgador para atingir a solução de casos difíceis, Streck também não estabeleceu, em sua teoria da decisão, mecanismos que permitiriam a efetiva resolução da controvérsia.

Tem-se, ainda, a teoria do pós-positivista Richard Posner. Segundo a proposta deste autor, durante o processo de tomada de decisão, o juiz

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 386.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – Decido conforme minha consciência. p. 98.

deve visualizar os problemas concretamente, com consciência das limitações da razão humana, do caráter espaço-sócio-cultural do conhecimento humano, da inalcançabilidade da verdade, da existência de diferentes caminhos de investigação e, sobretudo, das consequências do resultado razoável⁴¹⁷.

De acordo com tal teoria, nos casos difíceis, o objetivo do juiz é um resultado razoável, e não o resultado correto. Para tanto, Posner estabeleceu quatro passos para as deliberações em “hard cases”⁴¹⁸, os quais, com adaptações, podem bem ser aplicados no sistema jurídico brasileiro e apresentam soluções diversas das teorias anteriormente analisadas.

No que diz respeito ao direito da criança e do adolescente, não se afasta a aplicabilidade da teoria da decisão de Posner, meramente porque desenvolvida na Escola Econômica do Direito e frequentemente voltada à economicidade das decisões. Isso porque este autor demonstra louvável desprendimento de argumentos simplesmente teóricos e percepção das limitações humanas e do conhecimento, o que autoriza a aplicação de sua teoria mesmo nos ramos do direito relacionados às questões mais intrínsecas do ser, das relações sociais e da afetividade.

O que se verifica de novo em Posner é que ele não pretende limitar a discricionariedade judicial. Ao contrário, admite a existência de um espaço de conformação da norma jurídica e, até mesmo, haver interesse social na adaptabilidade da lei à mudança, o que é importante para elaborar decisões sensíveis às circunstâncias do caso concreto.

Hoje, a teoria da decisão a ser adotada é complexa; uma teoria que não se baseia apenas em premissa maior e premissa menor, que se utiliza de conhecimentos interdisciplinares e se afasta da tendência da decisão mais cômoda,

⁴¹⁷ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 621-622.

⁴¹⁸ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. p. 177-178. Citem-se os quatro passos estabelecidos pelo autor: “1) primeiramente, deve-se obter um conceito geral do instituto jurídico em discussão, nos textos legislativos, na história, nas características dos tribunais e dos legisladores; 2) depois, é necessário examinar os precedentes relevantes e outras informações que possam interferir na deliberação; 3) deve-se então analisar as políticas públicas relativas ao caso em análise, buscando uma solução razoável; 4) por fim, deve-se novamente cotejar sua decisão com os precedentes, para verificar se não é por eles anulável”.

com diminuição do gasto de energia⁴¹⁹.

Por fim, para estimular o prosseguimento de novas pesquisas sobre o tema, cumpre mencionar o ensinamento de Michel Villey: “O direito é o objeto de uma investigação jamais concluída, que se realiza pela dialética e com base em observações. O estudo jamais chega a outra coisa senão a resultados provisórios”⁴²⁰. Logo, “a justiça não é suscetível de se amoldar a fórmulas escritas, e toda lei escrita revela-se injusta na sua aplicação. Isso porque o mundo dos homens, ao qual deve se aplicar o direito, está em perpétuo movimento”⁴²¹.

Feitas essas anotações, encerra-se o presente relatório de pesquisa, de modo a autorizar a síntese conclusiva.

⁴¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁴²⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 55.

⁴²¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. p. 34.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Dissertação teve como objeto a decisão judicial nas ações de destituição do poder familiar. Está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição.

O objetivo científico foi o de investigar o processo de tomada de decisão nas ações de destituição do poder familiar, identificando parâmetros que permitam a redução da discricionariedade judicial.

O Poder Judiciário, na democracia contemporânea, passou a preocupar-se com a questão social, transformando-se em um *locus* da cidadania e de concretização de direitos proclamados na Constituição. Dessa maneira, afastou-se da função de mera aplicação subsuntiva da norma, idealizada pelo modelo positivista, para responsabilizar-se pela garantia dos direitos fundamentais.

Não mais se sustenta a ideia de que o processo de tomada de decisão é construído unicamente com base na legislação. A decisão judicial, nesse novo contexto, apresenta-se como uma complexa teia de argumentos jurídicos, políticos e morais, preocupada com os efeitos que acarretará na sociedade.

No processo de construção da decisão judicial, o instrumental utilizado pelo juiz para a solução do conflito varia conforme a teoria da decisão adotada. Dessa forma, a depender da base teórica utilizada pelo magistrado, serão produzidas decisões com maior ou menor espectro de discricionariedade.

Após a incursão nas teorias da decisão elaboradas por autores juspositivistas e pós-positivistas, percebe-se a ausência de critérios objetivos seguros que permitam eliminar por completo a discricionariedade judicial na área do Direito da Infância e da Juventude.

Durante o processo de tomada de decisão, mesmo que o magistrado adote um critério legalista, não é garantida a estrita previsibilidade do

resultado, pois algumas controvérsias são insolúveis pelos critérios tradicionais de solução de antinomias e métodos de interpretação.

As propostas teóricas ora indicam a utilização de novas técnicas de interpretação, a exemplo da ponderação, ora preveem novas influências ou limites para a construção da decisão judicial, a exemplo da moral, da tradição, da razoabilidade etc. Tais soluções, da mesma forma que as propostas positivistas, não garantem a exclusão da discricionariedade dos juízes. Isso porque o juiz tem concepções determinadas por suas experiências pessoais e a norma jurídica é linguagem passível da atribuição de diferentes significados.

Portanto, quando na zona aberta ou de indeterminação, diante do amplo leque de opções de interpretação/decisão, o magistrado escolhe um caminho a trilhar amparado no arcabouço teórico acima exposto ou em suas concepções, de acordo com o que entende ser razoável ou moral.

Extraí-se do estudo das teorias da decisão que a discricionariedade não pode ser enfrentada como um fator a ser eliminado, pois, mesmo que indesejável para a chamada “segurança jurídica”, ela existe e é inevitável. Por outro lado, a discricionariedade pode ser limitada, mediante a adoção de mecanismos que permitam o controle da racionalidade dos argumentos utilizados na decisão judicial.

A vida tem diversos gabaritos, assim como a justiça, e não pode ser aplicada como conceito positivado em lei. Logo, é necessário que o juiz se baseie em princípios de direito, aspectos da sociedade e argumentação jurídica para construir a decisão judicial.

Diante do trabalho realizado é possível estabelecer as seguintes considerações:

- Os juízes exercem discricionariedade quando decidem em condições de incerteza, na zona aberta ou de indeterminação da norma jurídica.
- O estudo das teorias da decisão pode auxiliar na redução da discricionariedade judicial na solução de “hard cases”, no entanto não é capaz de eliminá-la.

- A teoria da decisão a ser adotada para a solução eficiente dos casos concretos expostos no capítulo 3.4 não se contenta com a utilização isolada dos mecanismos de subsunção (Kelsen e Hart), dos princípios gerais do direito extraídos implicitamente do sistema (Bobbio), de ponderação de princípios (Alexy), de investigação do contexto histórico-cultural da comunidade (Dworkin), de projeção de sentidos pela comunidade jurídica e pela autoridade da tradição (Streck) ou de avaliação de políticas e de possíveis resultados da decisão (Posner).

- Para determinar o tempo limítrofe que uma criança ou adolescente pode aguardar a reestruturação de sua família natural, a teoria da decisão que oferece melhor amparo à atividade do magistrado é complexa, pois se utiliza dos mecanismos de subsunção, de ponderação de princípios, de análise de políticas públicas, de investigação do contexto histórico-cultural da comunidade e de avaliação de possíveis resultados, de forma conjunta, além de amparar-se no conhecimento interdisciplinar, o que permite o controle de racionalidade dos argumentos utilizados pelo julgador.

- Elementos da realidade social, política, cultural e econômica também podem interferir, em menor ou maior intensidade, na decisão judicial, especialmente no que diz respeito à efetividade das medidas de proteção e a prestação de políticas públicas na área da infância e juventude.

- As propostas até então existentes precisam ser aprimoradas para reduzir a margem de manobra do aplicador do direito, aumentar o grau de previsibilidade das decisões jurisdicionais e ampliar a satisfação da segurança jurídica. Isso, contudo, sem descuidar da legitimação moral das decisões nem incorrer na ilusão de que o juiz é dotado de capacidades sobre-humanas ou de que existe apenas uma resposta correta para o conflito.

- As medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, destinadas à reintegração familiar da criança ou adolescente, devem ser implementadas pelo magistrado, porém brevemente. Caso tais medidas de proteção não surtam os efeitos desejados, impõe-se proceder a célere destituição do poder familiar para colocação da criança ou adolescente em uma família substituta que lhes dispense os cuidados necessários.

- Crianças e adolescentes, como sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, não podem permanecer por tempo indeterminado em instituições de acolhimento, à espera da reestruturação de seus pais, sob o risco de inviabilizar a sua colocação em família substituta e privar-lhes do direito ao convívio familiar e comunitário.

- O que se almeja, primordialmente, é encontrar soluções que representem maior efetividade às medidas aplicadas e que permitam a reestruturação dos pais, para que seja possível a reintegração dos filhos na família natural. Porém não se pode conceber que as tentativas de reintegração familiar perdurem por tempo indeterminado. Então, subsidiariamente, buscam-se soluções que representem maior celeridade às ações de destituição do poder familiar, para colocação em família substituta, quando as medidas de reintegração falharem.

- O Estado, que não confere possibilidade de mudança e condições mínimas às famílias, é o mesmo que destitui os pais do poder familiar. O que se verifica com frequência é, de um lado, negligência dos genitores para com os filhos e, de outro, a negligência do Poder Público na implementação de políticas públicas e programas sociais destinados à família.

- O combate às desigualdades sociais e o fortalecimento das instâncias de proteção à família são condições necessárias para tornar efetivo o comando do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a destituição do poder familiar por carência de recursos financeiros.

- Incumbe ao Poder Executivo prover os serviços necessários de atendimento à criança e ao adolescente. Todavia, no espaço da denominada ausência de atuação estatal, o Poder Judiciário é chamado a resolver os conflitos e o magistrado aparece como a primeira figura do sistema que não pode se omitir.

- É possível o controle jurisdicional de políticas públicas conquanto se esteja a tratar de políticas públicas ditas essenciais, relacionadas à dignidade da pessoa humana, dentre as quais seguramente se enquadram aquelas destinadas à proteção das crianças e adolescentes.

- Não mais se admite a ingenuidade do cientista pautado em

concepções rígidas, absolutas, imutáveis. No mundo da vida, não sobrevive o mito do juiz com características sobre-humanas e inconsciente de sua subjetividade.

Frente ao exposto e retomando as hipóteses levantadas no início do trabalho observa-se que:

A primeira hipótese: 1) O juiz da infância e da juventude deve, antes de decretar a perda do poder familiar, aplicar medidas que permitam a reestruturação da família das crianças e adolescentes envolvidos - foi confirmada, em observância ao direito de convivência familiar dos infantes e da excepcionalidade da medida de destituição do poder familiar. O juiz deve buscar, primeiramente, dar efetividade às medidas que permitem a reestruturação dos pais e a reintegração dos filhos na família natural (ECA, art. 101 e art. 129) e, nos casos em que não surtirem efeitos, impulsionar com a máxima celeridade as ações de destituição do poder familiar, para colocação dos infantes em uma família substituta.

A segunda hipótese: 2) É dever constitucional do Estado fiscalizar os deveres inerentes ao poder familiar, para preservar a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento - foi confirmada, ante a previsão do art. 227 da Constituição Federal, que legitima o Estado a interferir no âmbito da família para defender as crianças e os adolescentes que ali vivem. O Poder Público deve conferir as condições mínimas necessárias às famílias, mediante a implementação de políticas públicas e programas sociais, para tornar efetivo o direito à convivência familiar. Cabe ao Poder Executivo prover os serviços necessários de atendimento à criança e ao adolescente; já, ao Poder Judiciário, incumbe a estruturação das varas da infância e da juventude e, nos casos de omissão estatal, o controle jurisdicional de políticas públicas afetas à área da infância e da juventude.

Quanto à terceira hipótese: 3) A maioria das teorias da decisão não permite reduzir a discricionariedade do julgador quando da construção da decisão judicial na área do Direito da Criança e do Adolescente - foi confirmada, pois se verificou que a discricionariedade, mesmo que indesejável para a previsibilidade do direito, existe e é inevitável. As teorias da decisão estudadas não são aptas a eliminar a discricionariedade do julgador quando chamado a decidir o caso concreto. Algumas

propostas teóricas permitem limitar a discricionariedade, utilizando-se de mecanismos de controle da racionalidade dos argumentos utilizados pelo julgador, mas não eliminá-la. Dentre esses mecanismos destacam-se a ponderação de princípios jurídicos (teoria da decisão de Robert Alexy), de investigação do contexto histórico-cultural da comunidade (teoria da decisão de Ronald Dworkin), de projeção de sentidos pela comunidade jurídica e pela autoridade da tradição (teoria da decisão de Lenio Streck) e de avaliação de políticas e de possíveis resultados da decisão (teoria da decisão de Posner).

Observa-se, finalmente, que a Dissertação não teve a intenção de esgotar a pesquisa sobre o assunto, mas contribuir para a discussão. Espera-se que as ideias aqui apresentadas possam favorecer novos estudos sobre o processo de tomada de decisão nas ações de destituição do poder familiar.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALCANTARA, Fabrícia. **Destituição do poder familiar à luz das teorias da decisão**. Florianópolis: CEJUR Academia Judicial, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e teoria do Direito. **Revista CEJ**: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano 17, maio/ago. 2013.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de autoridade ou omissão de dever para a perda do poder familiar: breves considerações sobre o inc. IV do art. 1.638 do novo CC. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (Org.) **Políticas Públicas**: Estudos e casos. São Paulo: Ícone, 2014.

ARDIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos e deveres. Leme: Editora Cronus, 2009.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

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

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BICCA, Charles. O abandono afetivo e os deveres do poder familiar. **Correio Braziliense**, n. 19.159, 09/11/2015. Direito e Justiça.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso: 23 set. 2016.

BRASIL. **Orientações Técnicas**: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. 2. ed. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 01/06/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289>. Acesso: 27 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 124.621/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.04.1999 – DJU 28.06.1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8391239/recurso-especial-resp-124621-sp-1997-0019838-3>. Acesso: 20 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção, CC 22.055/RJ, Rel. Min. Costa Leite, j. em 12.08.1998, DJU 16.11.1998. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CC+22055&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso: 20 jul. 2016.

CARVALHO, Maria do Carmo Brandt de. (Org.). **O lugar da família na política social**. A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC/Cortez, 2002.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: RT, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução e Glossário por Fernando de Aguiar. 10 ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1971.

CURY, Munir. Direito e fraternidade na construção da justiça. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de juiz do trabalho**. São Paulo: EDIPRO, 2012.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. Rio de Janeiro. Forense, 2003. v. 18.

FACHIN, Luiz Edson. Do pater familias à autoridade parental. In: **Revista do Advogado**. v. 31, n. 112, jul. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Família Cidadã. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=67>. Acesso: 30 set. 2016.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FÁVERO, Diocélia da Graça Mesquita. A interdisciplinaridade, sua importância na formação e sua aplicação ao Direito de Família. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2006.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação da destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: Justiça e Democracia. Título original: "Le Gardien des Promesses". Éditions Odile Jacob, 1996. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à Filosofia Fenomenológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOCH, L. M.; GROSS, A. M. Características clínicas e tratamento do transtorno de conduta. In: CABALLO, V. E.; SIMÓN, M. A. **Manual de psicologia clínica infantil e do adolescente**. São Paulo: Santos, 2007.

KOZICK, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O sentido da discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**, a. 39, n. 126, jun./2012.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. v. 3.

LAGES, Luciana de Freitas Guerra. Direito e política na proteção da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). **Cidadania e inclusão social**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica dos pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Ricardo Alves. **Função social da família: família e relações de poder, transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá, 2013.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A identidade familiar da criança e do adolescente em acolhimento institucional à luz da proteção integral da lei n. 8.069/90: uma história a ser narrada. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A medida protetiva de acolhimento familiar sob a perspectiva da corresponsabilidade do poder público. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.) **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil 1726-1950. In: FREITAS, Mario Cezar (org.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARTINS, Danieli Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente e Política de atendimento**. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONDIN, Elza Maria Canhetti. **A família contemporânea**: desafios e perspectivas teórico-práticas. São Paulo: Arte e Ciência, 2011.

MORAES, Marina Medeiros Queiroz. Welfare State: Direitos Humanos e Políticas Públicas. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (org.) **Políticas Públicas**: Estudos e casos. São Paulo: Ícone, 2014.

MUCCILLO, Jorge. **O menor e o direito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Porto Alegre, 1961.

NICKNICH, Mônica. Os filhos órfãos de pais vivos: a importância do afeto na adolescência. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et all. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil**: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f47

OLIVEIRA, Heloisa Maria José de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Famílias: diálogos interdisciplinares sobre o caráter plural das famílias contemporâneas e a incorporação do conceito de família ampliada no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. de Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Heloisa Maria José de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Família e Parentesco: a contribuição de Lévi-Strauss para o estudo do conceito de família ampliada e sua inserção no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Neiva Flávia. Pátrio poder e poder familiar: diferenças sociojurídicas. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 10, jul/set 2001

PARREIRA, Stella Maris de Castro Pipinis; JUSTO, José Sterza. A criança abrigada: considerações acerca do sentido da filiação. **Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 10,

n. 2, mai/ago, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. In: **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo. v. 97, jan./dez. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

PEREIRA, Regiane Cristiane. O poder familiar e o direito de guarda no direito comparado: recepção e aplicabilidade do artigo 9 da Convenção de Direitos da Criança de 1989. In: **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões. v. 10, jul./ago., 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.) **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90: estudos sócio jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Destituição do poder familiar**: relevantes aspectos jurídicos a serem considerados. In: Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, v. 98, jan./mar. 2014.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da Criança e do Adolescente: políticas públicas socialmente consequentes. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. A situação de rua e a convivência familiar: as crianças e os adolescentes nas sarjetas e nos sinais. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZINI, Ireni. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais, 1995.

RODRIGUES, Walkíria Machado. Abuso sexual infanto-juvenil: uma análise à luz da jurisprudência penal brasileira. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança: a questão da destituição do poder familiar. In: **Revista do advogado**, v. 28, n. 101, dez./2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SENA, Thandra Pessoa de. **Nova lei da adoção**: à luz dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. Normas Constitucionais de Proteção à Criança e ao Adolescente: uma questão de eficácia ou desrespeito? In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo

Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

SINAY, Sérgio. **A sociedade dos filhos órfãos**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: Decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. O poder familiar no novo código civil. In: **Repertório de Jurisprudência IOB**: civil, processual, penal e comercial, v. 3, n. 2, 2ª quinzena jan./2003.

TAMBOSI, Isabella Collet. A concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela**: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. I.

WEBER, Lidia Natalia Dobriashnyj. **Laços de Ternura**: Pesquisas e histórias de adoção. Curitiba: Santa Mônica, 1998.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A revolução na teoria do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 103, 2012. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso: 15 set. 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.