

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

ISABELLA FAUSTINO ALVES

CRIANÇAS ABRIGADAS E DEFINIÇÃO FAMILIAR

PALMAS

2007

ISABELLA FAUSTINO ALVES

CRIANÇAS ABRIGADAS E DEFINIÇÃO FAMILIAR

Monografia apresentada à Coordenação de Monografia do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal do Tocantins como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Hέλvia Tύlia Sandes Pedreira Pereira.

PALMAS

2007

ISABELLA FAUSTINO ALVES

CRIANÇAS ABRIGADAS E DEFINIÇÃO FAMILIAR

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Hélvia Túlia Sandes Pedreira Pereira
Orientadora

Prof^a. Maria do Carmo Cota
Banca Examinadora
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Silvalino Ferreira Araújo
Banca Examinadora
Universidade Federal do Tocantins

Palmas, 30 de novembro de 2007.

Aos pequeninos da Casa Abrigo Raio de Sol, cujos olhares e sorrisos nos incutem e reafirmam, tão fortemente, o desejo de um mundo melhor e à Dra. Maria Regina Fay de Azambuja, ilustre ativista dos direitos das crianças e adolescentes, exemplo de criatura: sabedoria e luz.

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso Pai de Bondade e Misericórdia, representação primeira da Justiça e da Paz, por esta encarnação, caminho que me foi dado percorrer, pelos companheiros de jornada, emissários de luz, por tudo o que sou e tenho e pela oportunidade de recomeçar, reconstruir, reparar, servir e amar...

Ao Mestre Amado Jesus, pelas palavras e exemplos, que continuam a nos descortinar os horizontes da perfeição e pelos imensos esforços que desempenha junto a nosso Planeta, por nós...

Aos Meus pais, Romildo e Betânia, pelos sacrifícios empreendidos para que meu crescimento fosse possível... A meu avô, Milton, com quem aprendi as valiosas lições de dignidade e honestidade e a minha avozinha Daicy, aconchego e bondade em minha vida.

A minha família, como um todo, onde posso vivenciar o amor que mais se aproxima do amor do Pai: refúgio, conforto e alegria, em especial a minha irmã, Laís, sem a qual meus dias de maior felicidade nunca teriam sido os mesmos, e a meu namorado Leonardo, sempre presente, a iluminar meus caminhos, mostrar a beleza de cada coisa e a exemplificar toda cumplicidade, afeição, respeito e doação.

Aos meus amigos do Grupo Fraternal Allan Kardec, parceiros de luta em prol do Ideal, companhias essenciais... Amigos do Grupo "Soul" de Teatro, meus atores preferidos, com quem compartilho lutas e alegrias, para que "Ele encontre a obra acabada", e que representam extensão, tão especial, do meu lar... A minha amiga Aliny, presença constante ao longo dos últimos dez anos, cuja confiança e afeto são incomparáveis;

Aos grandes mestres com quem, ao longo da vida, tive a grata oportunidade de aprender: Vanda, Cácia, Roberto, Túlio, Jean, Vera Nilva, Denise, Joilma e à minha orientadora Túlia, pela atenção e dedicação ao mister que ora se apresenta;

Aos companheiros da Procuradoria Fiscal e Tributária pela atenção e compreensão no decorrer desses quase três anos, com quem venho aprendendo ao longo desse tempo, lições grandiosas de solidariedade e, ainda, que têm para comigo a paciência do convívio diário;

Aos meus queridíssimos amigos, companheiros da incrível jornada Universidade e do Direito, Esther, Gisele, Leonardo e Renan, com os quais conviveria diariamente por mais mil anos, se assim fosse possível, e cuja saudade já me rodeia. Como diria o Mestre Renato Russo, “os nossos dias serão para sempre...”, “Vamos fazer um filme!”, já sabemos o título...

Difícil a tentativa de expressar gratidão por aqueles que, tão bondosamente, nos acompanham os passos no percurso, nem sempre agradável, correndo-se às vezes o risco de olvidar alguém que já contribuiu de forma decisiva para que conquistemos aquilo pelo que aspiramos. É o motivo pelo qual, nessas últimas linhas, agradeço, silenciosamente, por essa conquista, aos irmãos, encarnados e desencarnados, que me inspiraram e auxiliaram nesse trabalho que expressa, verdadeiramente, meu desejo de contribuição para que nosso mundo, especialmente o Brasil, começando por onde se inicia o desenvolvimento do homem, se torne um lugar muito melhor...

Acima de tudo, sejam sempre capazes de sentir, no mais profundo, qualquer injustiça cometida contra qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. É a qualidade mais linda de um revolucionário.

Ernesto "Che" Guevara

RESUMO

O presente trabalho monográfico enfoca o processo de definição familiar das crianças que se encontram abrigadas no Brasil. Discorre, para melhor compreensão do delineamento histórico dos direitos da criança, acerca da evolução dos direitos humanos no contexto internacional. Opera uma digressão no que tange aos aspectos históricos e jurídicos do instituto do poder familiar e da institucionalização de crianças em situação de risco e analisa brevemente a respeito do abandono de crianças no Brasil, bem como os motivos determinantes desse quadro, perfil dos pais que abandonam seus filhos e perfil das crianças abrigadas atualmente. Enfoca, ademais, acerca do direito à convivência familiar e comunitária, e de como esse direito vem sendo mitigado no caso das crianças institucionalizadas. Traz, ainda, dados pertinentes ao abrigamento no Brasil e termina por abordar o processo de definição familiar da criança, considerados todos os atores e variáveis que ali se fazem presentes, assim com os percalços que o envolvem. Além disso, e mais importante, trata da necessidade da agilização desse processo, como forma de evitar que reste suprimido o direito fundamental das crianças abrigadas à convivência familiar e comunitária, requisito para que se mostre respeitada a dignidade dessas crianças, na qualidade de pessoas humanas.

Palavras-chave: crianças abrigadas, definição familiar, direitos humanos, institucionalização, convivência familiar e comunitária, agilização, dignidade humana.

ABSTRACT

The present monographic work focuses on the familial definition process of the sheltered children in Brazil. It expatiates, for better understanding of the child's rights historical delineation, on the human rights evolution in the international context. Most, it operates an historical digression in terms of the Familial Authority historical and legal aspects and the risk situation children sheltering and analyzes, briefly, about the abandon of children in Brazil, as well as the determining reasons of this reality, like the characteristics of the parents who leave their children and the sheltered children in Brazil, nowadays. It focuses, also, on the familial and community living right and how this right has been mitigated in the institutionalized children case. It brings, besides, information regarding to sheltering in Brazil and finishes approaching the child familial definition, considered all the present actors and variables in there, as well as the disturbances which involve it. Beyond, and most important of all, it treats about this process rushing necessity, as a way of avoiding that the sheltered children familial and community living essential right results suppressed, requirement to become respected these children dignity, in the human being quality.

Key-words: sheltered children, familial definition, human rights, institutionalization, familial and community living, rushing, human dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB: Associação dos Magistrados Brasileiros

CF: Constituição Federal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	15
1.1 Precedentes do Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos	16
1.2 A internacionalização dos Direitos Humanos: o pós-guerra	17
1.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	18
1.4 Os Direitos Humanos e as três gerações de direitos	20
1.5 Demais Convenções Internacionais de Direitos Humanos	22
1.6 A Constituição Federal de 88 e os Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos	22
1.6.1 A Dignidade da pessoa humana	24
1.7 A Convenção dos Direitos das Crianças	24
1.8 Outros instrumentos relativos à infância	25
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DO PODER FAMILIAR	28
2.1 A definição do Instituto	28
2.2 Retrospectiva Histórica	28
2.3 A denominação “Poder Familiar”	30
2.4 Características do instituto	31
2.5 Suspensão e destituição do poder familiar	32
3 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	35
3.1 Aspectos jurídicos da institucionalização no Brasil na atualidade	37
4 ABANDONO E VIOLÊNCIA: UMA BREVE ANÁLISE	40
4.1 Motivos freqüentes do abando e da institucionalização	41
4.2 Formas de abandono	43
4.3 Pais que abandonam: perfil	43
4.4 Perfil das crianças institucionalizadas	45
4.5 Adoção: uma “miragem”	45
4.6 Abandono por parte do Estado	46
5 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA	49
5.1 Efeitos deletérios do abrigamento	50
5.2 Privação da convivência familiar: providências cabíveis	51

5.3 Abrigos do Brasil e a convivência familiar e comunitária.....	54
6 DEFINIÇÃO FAMILIAR.....	58
6.1 A Justiça da Infância e Juventude.....	59
6.2 O Advogado: “essencial à administração da justiça”.....	61
6.3 O Ministério Público: Guardião do Estado Democrático de Direito	62
6.4 Conselho Tutelar: o primeiro contato	63
6.5 Serviços Auxiliares: subsídios essenciais	66
6.6 Suspensão e Destituição do Poder Familiar.....	67
6.7 Definição familiar: Flagrante necessidade.....	69
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74
ANEXOS	77

INTRODUÇÃO

A percepção e o entendimento das particularidades da infância são recentes nas sociedades ocidentais, sendo evidenciados os primeiros estudos, propriamente, a partir dos primórdios do século XX.

Essa nova conjuntura foi favorecida pelas pesquisas no campo da medicina, especialmente da psiquiatria, do direito e da pedagogia, mas, principalmente, em razão das conquistas e avanços alcançados pela ciência jurídica e social no que diz respeito aos direitos humanos como um todo.

O reconhecimento dos direitos inerentes a todo homem, sem qualquer distinção, objeto de estudo do primeiro capítulo, como forma de melhor contextualizar a abordagem em questão, propiciou que, a partir da dignidade reconhecidamente devida ao “homem genérico”, pudesse se passar a reconhecer os mesmos direitos, com suas implicações próprias, ao “homem específico”, como, por exemplo, à criança.

Hoje reconhecida como sujeito de direitos, a criança já foi, ao longo dos séculos, considerada apenas como coisa, sobre a qual os pais detinham infinitos poderes. Notadamente nas civilizações grega e romana, os pais exerciam poder legal tamanho que, em determinadas situações, lhes era facultado, até mesmo, retirar a vida do filho ou da filha.

A evolução desse poder, atualmente denominado no ordenamento jurídico brasileiro de poder familiar, é objeto de análise do capítulo de número dois, onde se pondera, também, acerca dos aspectos jurídicos hodiernos do referido instituto no Brasil, a partir das modificações implementadas pelo Novo Código Civil, impulsionadas pela Constituição Federal de 1998 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O abrigo de crianças, medida de proteção especial, transitória e excepcional, de onde partirá o enfoque da convivência familiar e comunitária, direito fundamental exclusivo das crianças e adolescentes, é foco de digressão histórica no capítulo terceiro, a contar da Idade Média, quando teve início, até os dias atuais.

O tratamento dado à institucionalização pelo ordenamento pátrio, desde a extinta “roda dos enjeitados”, passando pela Doutrina da “Situação Irregular”, consubstanciada no primeiro e no segundo Código de Menores, até a Doutrina da Situação de Risco, trazida à luz pelo advento do Estatuto da Criança e

do Adolescente, é, ademais, estudado, com o intuito de facilitar o pleno entendimento da temática em epígrafe.

O abandono, em suas diversas formas, precedente de grande maioria dos casos de abrigamento, é analisado no capítulo quarto, cujas informações têm respaldo em dados obtidos por pesquisas, tais como as realizadas pela psicóloga Lídia Weber e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, acerca do perfil dos pais que “abandonam” seus filhos, do perfil das crianças abrigadas e dos motivos que as levaram a tal situação.

A situação de institucionalização, que teoricamente não deveria implicar em privação da convivência familiar e comunitária, considerando-se a demasiada limitação que naturalmente já acaba por impor, assim resulta, muita vez, pela forma como é praticada no Brasil. Tal foi o constatado por meio de pesquisas realizadas pelo IPEA acerca das atividades desenvolvidas pelos abrigos com vistas à promoção do direito à convivência familiar e comunitária, cujos resultados foram pouco animadores, conforme se depreenderá da leitura do capítulo de número cinco.

O mesmo capítulo tece cuidados em torno da família, vista a partir de seu perfil contemporâneo, lá apresentado, e de seu papel na socialização do indivíduo, bem como dos efeitos danosos provocados pela institucionalização, principalmente se prolongada, na vivência atual e posterior dos meninos e meninas abrigados. Traz, ademais, considerações relevantes relacionadas às providências cabíveis em caso de privação da convivência familiar pelo abrigamento, conceituando brevemente os institutos da guarda, tutela e adoção.

Por derradeiro, no último capítulo, trata-se da definição familiar da criança abrigada, considerados e abordados todos os atores fundamentais a esse processo, o juiz da Infância e da Juventude, o advogado, o Ministério Público, o Conselho Tutelar e os serviços auxiliares, que respaldam a atividade judicial.

A grande ênfase, objetivo último da presente monografia, é chamar a atenção para a flagrante necessidade de que seja fixado tempo para a destituição do poder familiar da criança abrigada, onde tal não seja o objetivo principal, mas sim a agilização do processo de definição familiar da criança, reintegrando-a a sua família originária, sendo a esta prestado auxílio naquilo de que necessite, ou possibilitando a inserção em família substituta, por intermédio da adoção.

A definição familiar da criança abrigada é, destarte, enfocada sob o ponto de vista da efetivação de seu direito à convivência familiar, como requisito para que seja respeitada sua dignidade de pessoa humana.

1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder. (Norberto Bobbio – “A Era dos Direitos”).

A abordagem sobre o tema objeto deste estudo requer, para melhor contextualização e compreensão, que se discorra brevemente sobre a evolução dos direitos do homem no âmbito internacional, o que influenciou substancialmente a evolução dos direitos da criança.

Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos” (1992, p. 17), traz várias definições, elaboradas por diferentes pensadores, a respeito da expressão “direitos do homem”, quais sejam: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”; “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”; e “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização.” Entretanto, endereça-lhes crítica consistente no fato de que os “termos avaliativos” do conceito em epígrafe são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete, podendo ser objeto de “polêmicas apaixonantes”, porém insolúveis. Cita como exemplo os termos “aperfeiçoamento da pessoa humana” e “desenvolvimento da civilização” e assevera que permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria patente de direitos do homem.

Deixando de lado as divagações teóricas, o que se pretende trazer a baila são reflexões acerca dos direitos do homem na perspectiva em que foram compreendidos na elaboração dos tratados relacionados ao tema no decorrer do século XX.

Acerca dos tratados internacionais, tem-se, na definição de Louis Henkin (1993 *apud* PIOVESAN, 2000, p. 65) que o termo “tratado” é aplicado, geralmente, para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de

Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Afirma, ainda, serem esses, por excelência, expressões de consenso, cuja exigência é prevista pelo artigo 52 da Convenção de Viena¹, concluída aos 23 de maio de 1969, quando dispõe que será nulo o tratado se sua aprovação for obtida mediante ameaça ou uso de força.

Deve-se ter em vista que os tratados internacionais não consagram necessariamente novas regras de Direito Internacional, acabando, no mais das vezes, por codificar regras pré-existentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, por modificá-las.

No que se refere aos direitos humanos, Piovesan (2000, p. 121) atenta para a intensa polêmica sobre seu fundamento e natureza, se naturais e inatos, positivos, históricos ou, ainda, se são direitos que derivam de determinado sistema moral.

A resposta para tal questionamento muito provavelmente resida na assertiva de Norberto Bobbio (1992, p. 30), segundo a qual os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais, tendo-se, hodiernamente, como problema fundamental em relação a eles, não sua justificação, mas sua proteção (BOBBIO, 1992, p. 24).

1.1 Precedentes do Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos

Situam-se como marcos primeiros do processo de internacionalização dos direitos humanos o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário, no dizer de Thomas Buergenthal (1988 *apud* PIOVESAN 2000, p. 123 - 124): "constitui o componente de direitos humanos da lei da guerra, com o intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais." A proteção humanitária, destarte, objetivava proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate e populações civis.

¹ **Art. 52** É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas.

Avançando no tempo, tem-se a Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, com a finalidade de promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros e contendo previsões genéricas relativas aos direitos humanos.

Também após a Primeira Grande Guerra, vê-se a criação da Organização Internacional do Trabalho, que tinha por finalidade promover padrões internacionais justos e dignos nas condições de trabalho e bem estar.

Acerca dos referidos institutos, evidencia-se o pensamento de Flávia Piovesan (2000, p. 127):

[...] Contribuíram decisivamente para o processo de internacionalização dos direitos humanos, rompendo com o conceito tradicional de que apenas o Estado é sujeito de Direito Internacional e com a noção de soberania absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos.

Assiste-se, desta feita, ao fim da era na qual a forma de tratamento do Estado para com seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, surgindo, aos poucos, a idéia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional.

1.2 A internacionalização dos Direitos Humanos: o pós-guerra

Os trágicos acontecimentos ocasionados pelo totalitarismo contribuíram para a ruptura do paradigma dos direitos humanos, sendo que, diante deles, emergiu a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, passando à categoria de maior dos direitos, conforme a terminologia adotada por Hannah Arendt (1979 *apud* PIOVESAN 2000, p. 130), o direito a ter direitos.

Nas palavras de Thomas Buergenthal (1988 *apud* Piovesan 2000, p.129):

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas.

Releve-se, nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), que constituiu um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, tendo duplo significado para esse processo: consolidação da idéia da necessária limitação da soberania nacional e reconhecimento de que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional (PIOVESAN, 2000, p. 135).

Como coloca Bobbio (1992, p. 67), o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e na de sua multiplicação.

Concebe-se essa universalização na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado, e no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens (BOBBIO, 1992, p. 28 e 30).

Sua multiplicação, por outro lado, ocorreu de três modos: a) aumentando a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) estendendo a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) considerando o homem não mais como ente genérico ou homem em abstrato, mas em sua especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc (BOBBIO, 1992, p. 68).

No caso específico do Brasil, são exemplos desta multiplicação o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei dos Crimes Ambientais, de onde consta

Essa multiplicação resultou na mudança de visão do homem genérico para o homem específico justifica-se haja vista o fato de que cada ser humano revela diferenças características, que não permitem igual tratamento e igual proteção.

1.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, não é um tratado, tendo sido adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução (Resolução nº 217) que, por sua vez, não apresenta força de lei.

Ainda que não assuma a forma de tratado internacional, como ora dito, a Declaração Universal de 1948 apresenta força jurídica obrigatória, tendo se transformado em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional, cujos Estados signatários, membros das Nações Unidas, têm a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos que proclama (PIOVESAN, 2000, p. 149 e 151).

Diz a seu respeito Paulo Bonavides (1997, p. 531):

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano [...] será, porém, um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas [...] e, sobretudo, produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, caracterizando-se, primeiramente, por sua amplitude, na proporção em que compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual (PIOVESAN, 2000, p. 142, 148 e 149).

Contempla em seu bojo tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28), tendo, na visão de Paulo Bonavides (1997, p. 527), representado o ponto mais alto alcançado pelo humanismo político da liberdade no século XX.

Ao consagrar valores básicos universais, objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, afirmada desde seu preâmbulo, e estabelecida como inerente a toda pessoa humana, única condição e requisito único para a titularidade dos direitos dela constantes.

A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2000, p. 143), sendo que:

A nova universalidade procura subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que, antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade (BONAVIDES, 1997, p. 527).

1.4 Os Direitos Humanos e as três gerações de direitos

Antes de discorrer sobre outras importantes convenções acerca dos Direitos Humanos, imperioso se faz tecer breves elucidações a respeito das três gerações de direitos fundamentais retro-citadas, valorosos componentes dos Direitos do Homem.

Paulo Bonavides (1997, p. 516) introduz o assunto em tela ao afirmar que o gênio político francês exprimiu em três princípios todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, tendo até mesmo profetizado a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização, qual seja, a liberdade; a igualdade e a fraternidade. Note-se que para Domenico Farias, os princípios são a alma e o fundamento de outras normas (1981 apud BONAVIDES, 1997, p. 516).

Nos princípios ora expostos, considerados dignos corolários da Revolução Francesa, tem-se, portanto, a semente de todos os direitos fundamentais.

Ensina Bonavides (1997, p. 517), que os direitos da primeira geração representam os direitos da liberdade, primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos.

Continua Paulo Bonavides (1997, p. 518) afirmando que os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos, que nasceram no seio do princípio da igualdade, constituem os direitos de segunda geração, que dominaram o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século XIX.

Mais adiante, em relação aos direitos de terceira geração, afirma:

[...] Assentados sobre a fraternidade, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, tendo primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 1997, p. 523)

Diz, ainda, Paulo Bonavides (1997, p. 523), que os grandes estudiosos do tema em questão já identificaram cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

O direito ao desenvolvimento, que diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera Mbaya (1997 *apud* BONAVIDES, 1997, p. 523), acrescentando que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada é, sem dúvida, um direito contido no direito à convivência familiar e comunitária. Tal direito, que terá foco especial no presente, pode ser entendido, portanto, como um direito de terceira geração, ligado umbilicalmente ao ideal da fraternidade.

Além disso, preleciona Bonavides (1997, p. 524) que uma das maneiras pelas quais se exprime o princípio da fraternidade, concebendo seu atual estágio de desenvolvimento, é por meio do dever de todo Estado particular de considerar, em seus atos, os interesses de seus nacionais.

Ainda a respeito das três gerações de direito, note-se que:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789² (BONAVIDES, 1997, p. 526).

Releve-se, entretanto, conforme assertiva de Piovesan (2000, p. 147) que uma geração de direitos não substitui a outra, mas que, ao contrário, interagem essas gerações entre si, o que afasta a equivocada idéia da sucessão “geracional” de direitos, voltando-se a atenção para a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interatividade.

Acerca dos direitos humanos e das três gerações de direito, ensina Paulo Bonavides (1997, p. 528):

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja

² Elaborada no contexto da Revolução Francesa.

identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal [...] Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.

Destarte, a revisão dos fatores que influenciaram a evolução dos direitos humanos no tempo e no espaço, muito embora de forma sucinta, configura-se como requisito primordial para o perfeito encadeamento das idéias e argumentos que ora se apresentam neste trabalho.

1.5 Demais Convenções Internacionais de Direitos Humanos

O processo de elaboração das inúmeras convenções, como lembra Norberto Bobbio (1992, p. 68,69 e 181), envolveu não apenas o aumento dos bens mercedores de tutela, a partir da ampliação dos direitos a prestação, como também a própria extensão da titularidade de direitos, mediante o alargamento do conceito de sujeito de direito, que passou a contemplar, além do indivíduo, “as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade.”

O processo de internacionalização dos direitos humanos, que passou da esfera nacional para a internacional somente após a Segunda Guerra Mundial (BOBBIO, 1992, p. 49). conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, “resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção” (PIOVESAN, 2000, p. 181).

Aponta-se, a partir de então, não mais o indivíduo genérica e abstratamente, mas o indivíduo “especificado”, considerando-se diferenciações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. É nesse cenário que se apresenta, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990, que será tratado ainda neste capítulo.

1.6 A Constituição Federal de 88 e os Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos

Desde o processo de redemocratização do Brasil, notadamente com o advento da Constituição Federal de 88, o Brasil tem adotado importantes medidas

com vistas à incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Desta forma, a partir da Nova Carta Magna, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, destacando-se, entre eles, a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 1992 e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) em 1996, a Convenção de Nova York de 2008, entre outros.

No que concerne aos tratados internacionais, releve-se que o Direito Brasileiro faz opção por um sistema misto de disciplina, caracterizado por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais; enquanto os primeiros, por força do artigo 5º, parágrafo segundo³, apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional (PIOVESAN, 2000, p. 238).

Ressalte-se, ademais, que os direitos constantes dos tratados internacionais, assim como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal, constituem cláusula pétrea, resguardando o núcleo material da Constituição e não podendo ser abolidos por meio de emenda (PIOVESAN, 2000, p. 90).

Vale dizer, desta maneira, que, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passaram a ter “direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional” (PIOVESAN, 2000, p. 239), vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los (BONAVIDES, 1997, p. 530).

Propõe-se, assim, no entender de Flávia Piovesan (2000, p. 79) uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição: os direitos expressos no texto da Norma, os direitos expressos em tratados internacionais e os direitos

³ Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].

implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional.

Piovesan (2000, p. 241) adverte, ainda, que este processo de inserção exige a adoção de providências adicionais, com vistas ao completo alinhamento do Brasil à causa da plena vigência dos direitos humanos, nos planos nacional e internacional.

1.6.1 A Dignidade da pessoa humana

É o princípio maior, no entender de Maria Berenice Dias (2007, p. 59), fundante do Estado Democrático de Direito, afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal⁴. Dias (2007, p. 59) aponta ter a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levado o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional, sendo o mais universal de todos os princípios e “o macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

Sarmiento (2000 *apud* DIAS, 2007, p. 59) coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como o epicentro axiológico da ordem constitucional, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e baliza não apenas os atos estatais, mais todo o conjunto de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Trazendo a temática em questão para o foco do presente, no que concerne à responsabilização dos pais em cuidar de seus filhos, Maria Celina Bodin de Moraes (1999 *apud* DIAS, 2007, p. 408) situa a ausência desses cuidados, o abandono moral, como violação à integridade psicofísica dos filhos e ao princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente e cuja ofensa configura dano à dignidade humana do filho em estágio de formação.

1.7 A Convenção dos Direitos das Crianças

⁴ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

Essa Convenção, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direitos, a exigir especial proteção e absoluta prioridade.

Quanto ao mecanismo de controle e fiscalização dos direitos enunciados em seu bojo, é instituído o Comitê sobre os Direitos da Criança, ao qual cabe monitorar a implementação da Convenção, através do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes (PIOVESAN, 2000, p. 197).

Traz várias previsões referentes ao bem-estar da criança, no que diz respeito, por exemplo, à separação dos pais, que deve se dar apenas por decisão das autoridades competentes em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis (artigo 9); à proteção contra a interferência arbitrária ou ilícita em sua privacidade, família ou lar (artigo 16); ao dever de assistência aos pais e representantes legais no exercício de suas funções de educar a criança e no desenvolvimento de instituições e serviços para o cuidado das mesmas por parte dos Estados signatários (artigo 18); à proteção contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual (artigo 19); à adoção de medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo o direito a seu pleno desenvolvimento (artigo 27); à recuperação física e psicológica e reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso (artigo 39); à proteção e assistência especiais do Estado a toda criança privada, temporária ou permanentemente, de seu ambiente familiar ou cujos interesses exijam que não permaneçam nesse meio (artigo 20).

Nesse sentido, lembra Azambuja (2004, p. 46):

Entre os princípios estabelecidos pela Convenção, cabe destacar o reconhecimento dos direitos fundamentais à sobrevivência, ao desenvolvimento, à proteção e à participação; a proteção integral da criança; a prioridade imediata para a infância, o princípio do interesse maior da criança e o direito à convivência familiar e comunitária, entre outros.

1.8 Outros instrumentos relativos à infância

Anteriormente à Convenção supramencionada, ao início do século XX, em 1905, como ensina Maria Regina Fay de Azambuja (2004, p. 38), o Congresso

de Budapeste classificou os “menores” necessitados de proteção especial em três categorias, apontando alternativas para o atendimento, quais sejam:

os física e moralmente abandonados, ainda inocentes, para os quais bastaria a escola premonitória; os física e moralmente abandonados, mas já viciados, e, por último, os delinqüentes, sendo que para as duas últimas categorias, o caminho recomendado era o reformatório.

Caminhando na linha do tempo, outros instrumentos jurídicos de caráter internacional foram elaborados e difundidos, a partir de meados do século XX, tendo a União Internacional do Fundo para a Salvação de Crianças estabelecido, em 1924, por meio da Declaração de Genebra, a primeira tentativa de codificar os direitos fundamentais das crianças, merecendo ratificação pela Liga das Nações. O texto, composto de cinco artigos, embora sem caráter coercitivo, foi o marco inicial, a nível internacional, na luta pelos direitos da infância. No documento, foi ressaltada a necessidade de ser oferecida à criança proteção especial (AZAMBUJA, 2004, p. 45).

Em 1948, no mesmo ano em que foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração de Genebra, através de revisão e ampliação, veio a representar a base para a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 1959. Tal declaração compõe-se de dez princípios, que passaram a incorporar as novas diretrizes de proteção aos direitos humanos aplicáveis à infância. Como preleciona Azambuja (2004, p. 45), sua importância se deve à contribuição que prestou no sentido de conclamar os pais, os cidadãos, as organizações não-governamentais, as autoridades e os governos para o reconhecimento dos direitos da criança.

Além desses documentos, outros foram elaborados, destacando-se as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos anos 90, a Convenção de Haia, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, entre outros.

Conforme se depreende do conteúdo desses tratados de proteção à infância, e por todo o exposto acerca dos Direitos Humanos, vê-se que o avanço no reconhecimento desses direitos possibilitou e colaborou diretamente para o

aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção à criança no contexto internacional e, também, nacional.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DO PODER FAMILIAR

Mudam os costumes, os homens e a história, só não muda a atávica necessidade de cada um de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família. (Giselda Hironaka – “Família e casamento em evolução”).

Após discorrer acerca da evolução dos direitos humanos e sua conseqüente influência no reconhecimento de direitos às crianças, necessário se mostra uma nova digressão no que diz respeito ao instituto hoje denominado no Brasil de poder familiar, cujo desenvolvimento ocorreu, também, em conexão com o gradativo evoluir dos direitos conferidos à infância.

2.1 A definição do Instituto

Define-se poder familiar como sendo o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, qualquer que seja a natureza da filiação, tendo em vista a proteção destes (RODRIGUES, 2004, v. 6, p. 356).

Eis a redação do artigo 1.630 do Código Civil:

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

O instituto em tela, como se verá adiante, sofreu tamanhas alterações no decorrer dos séculos que, no entender do doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, ao se comparar a noção de pátrio poder em Roma com o instituto moderno, nota-se que sua própria estrutura foi afetada, lhe modificando quase que em essência (2005, v. 6, p. 334).

2.2 Retrospectiva Histórica

Numa retrospectiva histórica, encontra-se, na Grécia Antiga, um ato denominado *ektithenai*, consistente em o pai ou a mãe, desejando desfazer-se de um filho, colocá-lo em um lugar selvagem, lá o abandonando, para que viesse a ser morto (WEBER, 2000). Além da referida permissão, que demonstra claramente a

extensão do poder exercido pelos pais sobre a pessoa dos filhos, não foram observados nos ordenamentos jurídicos gregos restrições ao infanticídio. Na civilização espartana, por exemplo, sabe-se que a criança do sexo masculino, destinada à vida militar, pertencia mais ao Estado, ao qual era entregue aos sete anos, do que aos próprios pais.

Avançando no delineamento histórico, Maria Regina Fay de Azambuja descreve acerca do pátrio poder em Roma, *in verbis*:

As leis de Rômulo, no início de Roma, determinavam aos pais o dever de criar todos os filho homens e a primeira mulher a nascer, existindo nas cidades locais especiais destinados à exposição de crianças indesejadas, onde se incluíam muitas meninas e meninos deformados e ilegítimos (2004, p. 24).

E continua Azambuja: “A Lei das XII Tábuas, adotada entre os anos de 303 e 304 em Roma, permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos” (2004, p. 24).

O poder que o *paterfamilias* detinha inicialmente sobre os filhos equivalia ao que detinha sobre seus escravos, ambos considerados *alien juris*⁵, sem personalidade jurídica e patrimônio próprio. Permitia-se-lhe atos de disposição em relação ao recém-nascido e, ainda, punir, vender e matar o próprio filho, além de escolher com quem este contrairia matrimônio e da possibilidade de obrigá-lo a se divorciar.

A autoridade do pater, *sui juris*⁶, era imbuída, ademais, de um elemento religioso, sendo o responsável pela condução da religião no ambiente do lar. Sua autoridade, nesse sentido, era fundamental para que se mantivesse a união do grupo familiar, importante célula do Estado.

Com o tempo, esse entendimento foi sofrendo alterações que acabaram por abrandar o conteúdo do pátrio poder romano, de modo que, posteriormente, no Império Bizantino, com Justiniano, já não mais se admitia o *ius vitae et necis*⁷.

Adiante, na Idade Média, após a decadência do Grande Império, novamente é amenizada a noção de pátrio poder a partir das influências que passaram a exercer os povos “estrangeiros” (VENOSA, 2005, v. 6, p. 335).

⁵ Sob o controle de outra pessoa.

⁶ Que não está sob o poder de outrem.

⁷ Direito de vida e morte.

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo chega ao Brasil pelo Direito Português e encontra exemplo nos barões do café e senhores de engenho (VENOSA, 2005, v. 6, p. 335), que deixaram marcas indeléveis em nossa história.

No Brasil, o Código Civil de 1916, em sua redação originária, deferia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, o exercício do pátrio poder sobre os filhos menores, sendo que somente em sua falta ou impedimento tal prerrogativa era concedida à mulher. Esta restrição foi modificada primeiramente pela Lei nº4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e, mais tarde, foi demolida pelo artigo 226, parágrafo 5º e artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil⁸. No mesmo sentido, tem-se o artigo 21⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, finalmente, o artigo 1.631¹⁰ do Diploma Civil de 2002.

2.3 A denominação “Poder Familiar”

O doutrinador Sílvio Rodrigues (2004, v. 6, p. 355), criticando a mudança na denominação do instituto em tela, ocorrida a partir do Código Civil de 2002, ressalta que se evidenciou mais a preocupação em retirar a expressão “pátrio” do que cuidar para que nele fosse incluído o seu real conteúdo, que, antes de poder, representa uma obrigação dos pais.

O poder familiar consiste em um múnus público que, conforme preleciona Maria Helena Diniz (2002, v. 5, p. 440), tem natureza jurídica de um cargo privado, um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição

⁸ **Art. 226** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...].

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

⁹ **Art. 21** O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

¹⁰ **Art. 1.631** Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

intermediária entre o poder e o direito subjetivo. Ressalte-se que o direito subjetivo e o dever jurídico estão contidos no mesmo ato.

Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, uma vez que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente à denominação poder. (LÔBO, 2003 *apud* GONÇALVES, 2005, p. 358).

Além disso, note-se que o termo “parental” melhor traduz os legitimados ativos para exercê-lo do que “familiar”, posto que as prerrogativas concernentes ao instituto em epígrafe são exercidas pelos pais e não pela família, como erroneamente se pode depreender da expressão utilizado pelo Ordenamento Pátrio.

Para uma melhor compreensão do conceito em comento, note-se que Pontes de Miranda (2001 *apud* FONSECA, 2004, p. 234) chama a atenção para o fato de que a expressão “poder”, no contexto do instituto estudado, tem sentido de exteriorização do querer, não de imposição e violência.

2.4 Características do instituto

O poder familiar, porque pertence a ambos os pais, consiste em um direito independente, próprio a cada um deles e indivisível no atinente à titularidade, a despeito de ser divisível quanto ao exercício de alguns direitos e deveres.

Via de regra, o poder familiar é irrenunciável, não podendo ser abdicado ou objeto de transação, exceto nos casos de adoção e emancipação. Ademais, é indisponível, não podendo os pais ou filhos dele se despirem; imprescritível, não decaindo deste direito os genitores pelo simples fato de não o exercerem, sendo possível a perda somente nos casos previstos em lei. Além disso, não decorre do casamento ou da união estável, mas da paternidade e da filiação, biológica ou civil. Note-se que na falta de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade (Diniz, 2002, v. 5, p. 440).

O art. 1.634 do Código Civil disciplina, quanto à pessoa dos filhos menores de idade, a competência dos pais:

Art. 1.634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

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

Também objeto de críticas é a manutenção pelo *Novel Código Civil* dos termos *menoridade*, *menores* e *menor* (art. 1.630 e 1.633, por exemplo)¹¹, destoantes das denominações modernas, constitucional e da lei estatutária: *criança* e *adolescente* (Art. 227, caput, CF¹² e art. 2º, ECA¹³).

2.5 Suspensão e destituição do poder familiar

Diferentemente do arcaico instituto romano que lhe originou, onde era ilimitado, o poder familiar, tal como se lhe entende hodiernamente, pode ser suspenso ou até mesmo destituído. Os artigos 1.637 e 1.638 do *Código Civil* apresentam as hipóteses que ensejam tais medidas, constituindo, como ensina *Sílvio Rodrigues* (2004, v. 6, p. 368), sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o poder parental, de acordo com as regras estabelecidas pelo legislador, tendo mais o intuito de preservar o interesse dos filhos do que de punir os pais. Tal preservação coaduna com o princípio do melhor

¹¹ **Art. 1.630** Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

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

¹² **Art. 227** 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.

¹³ **Art. 2º** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

interesse da criança, incorporado pelo Brasil, em caráter definitivo, em seu Sistema Jurídico. *In verbis*:

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

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

A suspensão do poder familiar, imposta nas infrações menos graves, tem caráter temporário, perdurando até que se mostre necessária. Já a perda do poder familiar é permanente, ainda que não seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram (GONÇALVES, 2006, v. 6, p. 379). Além disso, é imperativa, ao contrário da suspensão e, também diversa desta, que pode referir-se apenas ao filho vitimado e contemplar somente algumas das prerrogativas do poder familiar, a extinção abrange toda a prole e prerrogativas, na medida em que representa um reconhecimento judicial da incapacidade de seu titular.

Os procedimentos para a perda ou suspensão do poder familiar são disciplinados pelo ECA, nos artigos 155 a 163, sendo estas decretadas judicialmente, em procedimento contraditório. Conforme consta do artigo 24 do Diploma ora citado:

Art. 24 A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22¹⁴.

¹⁴ **Art. 22** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Sob essa ótica, a suspensão ou destituição do poder familiar enseja, por parte do Poder Público, medidas de segurança e proteção às crianças e adolescentes que, inseridos nesse processo por motivo de terem sofrido violação de algum de seus direitos (abandono, maus-tratos, violência física ou moral), muitas vezes necessitam ser abrigados em instituições próprias, cujo estudo se fará logo adiante.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como diríamos, superficial. (Hannah Arendt - "A condição humana").

Ao observar o curso da história, no que tange à institucionalização de crianças e adolescentes, vê-se que na Europa, somente a partir do século XV, são construídos os primeiros asilos para atender a crianças abandonadas (AZAMBUJA, 2004, p. 28).

Dizem acerca da criação dos primeiros orfanatos Ana Beatriz Magno e Érica Montenegro (2003): "Nasceram para amenizar o abandono. Socorriam crianças bastardas e doentes que eram largadas nas ruas e becos da Europa Medieval, consumida por pestes e guerras".

Posteriormente, a partir do século XIX, iniciam-se as primeiras manifestações de interesse por parte de filantropos e estadistas a fim de auxiliar crianças oriundas de famílias pobres. Tal interesse foi despertado a partir de pesquisas científicas, notadamente na área da medicina, e filosóficas, que contribuíram para o entendimento da noção de infância, a partir do reconhecimento de um conjunto de particularidades que lhe permeiam como, por exemplo, corpo, psique e emocional em estágio de formação. Esta concepção fez com que passassem a ser vistos não como "adultos imperfeitos", mas considerando-se seus aspectos peculiares e sua necessidade de proteção especial.

No Brasil, até por volta do ano de 1900, limiar do século XX, o atendimento às necessidades sociais da população brasileira foi entregue à Igreja, que o fazia por meio das Santas Casas de Misericórdia, não havendo qualquer atuação do Estado nesse sentido.

A utilização da roda dos expostos por parte do Brasil, a partir do século XVIII, introduzida pelos portugueses, a exemplo do que já se utilizava em outros países, decorreu das dificuldades relacionadas à destinação e encaminhamento das crianças abandonadas. Acerca desse instrumento, tem-se:

A roda era uma engenhoca de madeira, rotatória, com dois compartimentos, um para o bebê e outro para seus poucos

pertences. Ficava na entrada dos conventos. A pessoa deixava ali a criança, tocava um sino e rodava a parafernália. Do outro lado, sem contato com o doador, os religiosos pegavam o bebê e passavam a criá-lo (Magno e Montenegro, 2003, p. 27).

Nesse período, as políticas de proteção à criança eram de natureza filantrópica ou assistencial, desenvolvidas por particulares. Desta feita, a criação de escolas públicas, de asilos, de creches, de educandários e reformatórios torna-se alternativa a ser oferecida às crianças provenientes de camadas sociais populares.

Mais tarde, no ano de 1921, é criado na cidade do Rio de Janeiro o Sistema de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente, sendo que, dois anos mais tarde, na mesma cidade, é fundado o primeiro Juizado de Menores. “Esse início de século foi marcado por discussões que vieram a dar origem ao primeiro Código de Menores” (AZAMBUJA, 2004, p. 39 e 40).

O Código supra-referido, datado de 1927, inaugura um novo momento no que tange à proteção à criança e ao adolescente, tendo rendido ao Brasil lugar de destaque nesse âmbito na América Latina, a despeito de, como lembra Lídia Weber, ter sido o último país a abolir a “roda dos enjeitados” (1997).

Durante o Estado-Novo de Getúlio Vargas, em 1942, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), cujo enfoque era tipicamente correccional-repressivo. “Viveu-se, a partir de então, um período em que a internação de crianças e adolescentes passou a ser rotina” (AZAMBUJA, 2004, p. 40).

Após 30 anos de luta da sociedade para acabar com esse Instituto, foi estabelecida a Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM), claramente assistencialista, tendo como órgão a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (Funabem). Conforme preleciona Veronese (1999 *apud* AZAMBUJA, 2004, p. 41):

a criança e o adolescente, considerados como problema, acionados os mecanismos de prevenção e controle, sejam eles de natureza preventiva, repressiva ou punitiva, passariam por um processo de ajustamento.

A partir do segundo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), passa a vigorar a Doutrina da Situação Irregular, onde se considerava que os “menores” abandonados, tratados como meros objetos de direitos, não se diferenciavam daqueles que houvessem cometido ato infracional e que, de alguma forma, eram “culpados” por estarem inseridos nesse contexto. Na lição de Ana Celina Garcia Albornoz:

Sua estrutura de funcionamento não levava em conta as necessidades dos indivíduos em desenvolvimento, o que denota que seu objetivo inicial era meramente atender à necessidade da sociedade que desejava ver-se livre dos perigos que supunha correr com a presença de meninos de rua (2006, p. 43).

Nesse diapasão, os poderes da autoridade judiciária foram ampliados expressivamente, não incumbindo ao então juiz de menores a fundamentação de suas decisões; seus poderes, quase ilimitados, lhe permitiam, por exemplo, proceder à internação de uma criança e adolescente por tempo indeterminado, onde não se fazia distinção entre “menores abandonados” e “infratores”.

Desta feita, recaiam sobre a figura do juiz funções tutelares e penais à medida que lhe cabia tratar de questões tais como pobreza, abandono social e prática de atos infracionais. Além disso, em relação à criança e ao adolescente não eram observados os imperativos do devido processo legal, qual seja a observância de garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, e, ainda, a presença obrigatória de um advogado.

No decorrer dos anos 80, são feitos diversos questionamentos a respeito da Política Nacional do Bem-Estar do Menor e do Código de Menores. Em 1986, iniciam-se as mobilizações em torno da Assembléia Nacional Constituinte, que resultaram na inclusão dos artigos 226 e 227 à Constituição Federal de 1988 (AZAMBUJA, 2004, p. 51). Por intermédio dos referidos artigos, passou a nova Carta Magna a contemplar a proteção integral a crianças e adolescentes. Veja-se:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].

Art. 227 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. [...].

3.1 Aspectos jurídicos da institucionalização no Brasil na atualidade

Com o advento do ECA, Lei 8.069/90, que veio a substituir o antiquado Código de Menores e inaugurar uma nova visão da infância e adolescência, as políticas de abrigamento sofreram importantes reformulações, passando a ter como

objetivo principal a proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes. “As instituições sociais que atendiam crianças e adolescentes tiveram de constituir-se em abrigos, aproximando-se do contexto familiar, visando a minimizar os efeitos ‘estigmatizantes’ da institucionalização” (KERN, 1996 *apud* ALBORNOZ, 2006, p. 43).

Os abrigos, entidades públicas ou privadas que recebem crianças e adolescentes desprotegidos, vítimas de maus-tratos e em estado de abandono social, em decorrência de previsão expressa da Lei Estatutária retro citada, devem prestar atendimento personalizado e em pequenos grupos, velando, ao máximo, pela participação dos abrigados na vida comunitária local. Eis a letra da lei:

Art. 92 As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

- I - preservação dos vínculos familiares;
 - II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
 - III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
 - IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
 - V - não-desmembramento de grupos de irmãos;
 - VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
 - VII - participação na vida da comunidade local;
 - VIII - preparação gradativa para o desligamento;
 - IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.
- [...].

Além disso, conforme lembra Albornoz (2006, p. 44), os abrigos devem se aproximar, tanto quanto possível, de casas residenciais, contrariando o antigo formato institucional, em que as crianças eram agrupadas em grandes prédios, segundo critérios de idade e sexo, sem respeitar a consangüinidade, e cujo atendimento massificado pouco levava em conta as singularidades.

Ademais, o abrigamento deve ser, em razão da previsão legal constante do artigo 19 do Diploma em epígrafe, que consiste no direito à convivência familiar, “uma medida temporária e excepcional, sendo indicado até que os familiares possam recuperar sua capacidade de acolher a criança, ou até que essa seja colocada em uma família substituta” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2007). Leia-se:

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 livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

E ainda:

Art. 101 [...] Parágrafo Único - O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Importante ressaltar-se a vedação à privação de liberdade, constante do artigo supra referido, na medida em que se contrapõe às políticas implementadas anteriormente ao ECA, as quais culminavam em restrições à liberdade da criança e adolescente em “situação irregular”, expressão atualmente substituída por situação de risco, que melhor a retrata.

Convém, ainda, menção ao artigo 95 da Lei nº 8.069/90, o qual prevê a fiscalização dos abrigos por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Conselho Tutelar. Adiante:

Art. 95 As entidades governamentais e não governamentais, referidas no art. 90¹⁵, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

A partir de toda essa regulamentação, tanto por parte da Constituição Federal quanto por parte da Lei Estatutária, restou coroada a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com reflexos diretos, como ora visto, no âmbito da Institucionalização dos mesmos.

¹⁵ **Art. 90** As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I - orientação e apoio sócio-familiar;
- II - apoio sócio-educativo em meio aberto;
- III - colocação familiar;
- IV - abrigo;
- V - liberdade assistida;
- VI - semi-liberdade;
- VII - internação.

Parágrafo único. As entidades governamentais e não-governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

4 ABANDONO E VIOLÊNCIA: UMA BREVE ANÁLISE

Neste mesmo instante, a minha voz chega a milhares de pessoas pelo mundo afora. Milhões de desesperados: homens, mulheres, criancinhas, vítimas de um sistema que tortura seres humanos e encarcera inocentes. (Charles Chaplin – “O Grande Ditador”)

No contexto da proteção integral a crianças e adolescentes, encontra-se a primeira instituição a qual é conferido pela Constituição Federal o dever de assegurar àqueles seus direitos fundamentais: a família.

Ao analisar seu significado, nota-se que, a despeito de o termo família poder ser considerado vago e abstrato, conforme vários autores prelecionam, deve se levar em conta que, quando empregado, refere-se, na realidade, à família nuclear moderna, dentro de todas as suas peculiaridades.

Denise Duarte Bruno (2004, p. 162) chama a atenção para duas características básicas compreendidas no conceito supra-referido, sendo elas o de sua organização surgir a partir da livre escolha dos cônjuges e de configurar um espaço de privacidade e intimidade, considerada, por muitos, como um verdadeiro refúgio.

Ao analisar a primeira característica, vê-se que, hodiernamente, tal conceituação torna-se incipiente, uma vez levados em conta os novos contornos que assume a estruturação familiar, não podendo ser olvidadas, outrossim, as famílias monoparentais, presentes em número considerável na sociedade brasileira.

O segundo caractere é também mitigado à medida que se toma conhecimento de fatos que se sucedem no cotidiano de inúmeras famílias do Brasil, contrariando diametralmente o sentimento de aconchego e de segurança que o ambiente do lar deve propiciar. É quando se atenta para o abandono e para a violência doméstica contra crianças, dentro de uma gama de situações em que estes podem se inserir e se consubstanciar.

O abandono e a violência contra crianças, comuns na Antigüidade Greco-Romana, como ora visto, prolonga-se na história da humanidade, tomando delineamentos e aspectos diversos, requisitando por parte dos estudiosos e autoridades análise atenta e acurada para que em seu combate possam ser intentadas ações eficazes.

Ainda que não haja na legislação pátria uma definição precisa de abandono, é no contexto da pobreza que assola um contingente relevante da população brasileira, conforme sinaliza Lídia Weber (2000), que se encontra grande parte dos casos de abandono de crianças: “o abandono pela negligência, o abandono nas ruas, nos lixos, nas maternidades e instituições.” No ensinamento de Gilberto Dimenstein (1999, p. 137): “A pobreza provoca uma infecção chamada desintegração familiar. E ela vem junto com a violência.”

Pesquisas realizadas por Lídia Weber no Estado do Paraná na segunda metade da década de 90 revelaram que a maioria dos abandonos de crianças ocorre em locais públicos como maternidades, o mais comum, em igrejas, nos lixos e até mesmo em transportes coletivos. À época, o resultado da pesquisa demonstrou que somente uma mãe houvera entregado seu filho no Juizado da Infância e Juventude.

4.1 Motivos freqüentes do abando e da institucionalização

Weber (2000) elucida que o motivo mais freqüente para o internamento de crianças foi classificado como maus-tratos em função de negligência. Aponta, ainda, como determinantes desse quadro repertórios comportamentais tais como o alcoolismo e a violência familiar.

No que tange à violência doméstica, destaca-se a violência sexual como um dos principais motivos que levam crianças à situação de abandono. Geralmente acompanhada de agressões físicas e da cumplicidade da mãe com o agressor, “a criança é punida duas vezes. Perde a virgindade e a casa” (MAGNO e MONTENEGRO, 2003).

De qualquer forma, dentre as razões que conduzem crianças para instituições em todo o Brasil, destacam-se os casos “de estupro, de ‘surra’, de morte, de abandono. [...] Quatro tragédias que empurram meninos e meninas para abrigos de todo o país. [...] A entrada é sempre traumática.” (MAGNO e MONTENEGRO, 2003).

Os casos de morte são os menos freqüentes. As pesquisas realizadas por Lídia Weber revelam que a chegada de crianças às instituições geralmente se dá por intermédio de suas próprias famílias, monoparentais e desfavorecidas economicamente, na maioria das vezes (1999). Isso revela que a despeito de o

artigo 23¹⁶ do ECA determinar que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, na prática, a ausência de políticas públicas e de programas governamentais nesse sentido, acabam permitindo que a insuficiência material continue por ensejar o abandono de crianças.

Ademais, a partir do momento em que adentram as instituições, muita vez, não recebem mais visitas de sua família, passando a fazer parte de um contingente especial da população: os “filhos do Estado” ou “filhos de ninguém” (WEBER, 1997), sujeitos à pior das formas de violência que, conforme adverte Gilberto Dimenstein, consiste na violência da invisibilidade social¹⁷.

O quadro adiante apresenta os motivos que levam crianças e adolescentes aos abrigos:

Brasil: crianças e adolescentes abrigados segundo os motivos do abrigamento

Motivo do ingresso no abrigo	Frequência (em %)
Carência de recursos materiais da família / responsável	24,1
Abandono pelos pais / responsáveis	18,8
Violência doméstica	11,6
Dependência química dos pais / responsáveis	11,3
Vivência de rua	7,0
Orfandade	5,2
Outros	22,0
Total	100,00

Fonte: IPEA/CONANDA. *O direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, 2004.

Esses dados coadunam com a pesquisa realizada por Magno e Montenegro (2003) em diversos abrigos em todo o Brasil e que resultou no trabalho “Órfãos do Brasil” ao mostrar que, conforme consta do próprio texto, “os órfãos do Brasil são órfãos de pais vivos”.

Curiosamente, a mesma pesquisa demonstra que, a despeito do perfil de seus progenitores e das condições, muitas vezes precárias, dos locais que

¹⁶ **Art. 23** A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

¹⁷ Palestra “Educação contra a violência”, proferida no 3º Salão do Livro em Palmas - TO, aos 22 de maio de 2007.

habitavam antes do abrigamento, essas crianças e adolescentes abrigados sentem falta dos pais, notadamente da mãe, e de seus lares, apesar da conduta exteriorizada por aqueles.

4.2 Formas de abandono

A Associazione Amici dei Bambini¹⁸ em trabalho acerca da situação da adoção no Brasil (2000) classificou, dentre as diversas formas de abandono, as principais, merecedoras, portanto, de destaque, quais sejam:

- Abandono precoce: é o caso em que se inserem os recém-nascidos, abandonados em maternidades ou em logradouros públicos, sendo desconhecido o paradeiro de seus pais biológicos.
- Abandono tardio: quando a criança é institucionalizada por motivo de seus pais estarem incapacitados para exercer o poder familiar por motivos diversos, tais como alcoolismo e maus-tratos.
- Abandono por desinteresse: neste caso, a criança é internada pelos próprios pais e permanece na instituição por longos períodos. O mais comum é que situação de indefinição familiar se prolongue, uma vez que os pais não se manifestam pela reinserção da criança e nem tampouco concordam com a destituição do poder familiar.

O estudo em questão ressalta que o abandono, qualquer que seja a maneira pela qual se exterioriza, reflete, indubitavelmente, a destruição da família, que o precede, resultando na tragédia cotidiana de milhares de meninos e meninas.

4.3 Pais que abandonam: perfil

Traçar o perfil dos pais e mães que abandonam seus filhos é tarefa difícil e que requer cautela, uma vez comprovado que “o abandono obedece a um ciclo cruel: abandonados abandonam, assim como vítimas de violência familiar

¹⁸ Associação Amigos das Crianças - Organização Não-Governamental Humanitária.

tendem a repetir o modelo” (MAGNO e MONTENEGRO, 2003). Isso se deve, em regra, à falta de vínculos afetivos construídos no decorrer da vida (WEBER, 1997).

Weber (1997) expõe que, a despeito das dificuldades de se localizar a mãe que abandona, é possível traçar um paralelo entre essas e as mães que doam seus filhos para a adoção: solteira, mais de 20 anos, educação primária incompleta e trabalhos esporádicos como empregada doméstica; reclamam a falta de apoio por parte do progenitor e da família extensa e, na maioria das vezes, já teve outros filhos que também foram doados ou que se encontram institucionalizados.

Nas palavras da referida estudiosa do tema:

As mães "abandonantes" no Brasil são, em sua maioria absoluta, mães excluídas. Elas abandonam porque estão abandonadas pela sociedade. Elas fazem parte de um enorme contingente de uma população que não tem acesso aos bens sócio-culturais e nem aos meios de produção necessários a sua sobrevivência (2000).

E continua:

São mulheres que passam claramente em seu discurso a imagem de uma pessoa desamparada, sem nenhuma consciência concreta de seus atos e, com isso, indica o fracasso da sociedade em prevenir, esclarecer, educar... (2000)

Elenca, ainda, o medo, a ausência de amor, a falta de estrutura familiar e o desespero como determinantes dessa conduta, alertando para o fato de que a análise apenas das variáveis psicológicas e emocionais dos pais que abandonam mostra-se insuficiente, devendo ser considerados fatores muito mais abrangentes como nível socioeconômico, estruturais, psicossociais, entre outros. Forçoso se faz, portanto, analisar os pais “dentro das condições ‘abandonantes’ de suas existências” (WEBER, 1997).

A própria “violência da invisibilidade social” (DIMENSTEIN, 2006, p. 10), da qual são vítimas diuturnamente, concorre para que sejam capazes de atitudes de abandono e violência, que refletem aquela constante em suas vidas. Lídia Weber (2000) ensina a esse respeito:

Essa mãe que a todo momento está recebendo claras mensagens sociais de que ela não tem como sair do seu estado de miséria, cujas necessidades básicas e direitos como cidadã estão fora do seu alcance e que está sob uma doutrina de dominação, tem grande probabilidade de fazer coisas violentas e primitivas [...] Essa é uma questão cuja resposta é extremamente complexa e é preciso tomar

cuidado para não se julgar esta atitude somente como uma transgressão moral (Áries, 1978 e Badinter, 1980) ou um distúrbio psicológico (Martinez Ruiz & Paul Ochotorena, 1993; Audusseau-Pouchard, 1997).

4.4 Perfil das crianças institucionalizadas

Dados provenientes do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviços de Ação Continuada realizado pelo IPEA em 2003¹⁹, por intermédio de análise realizada pelas técnicas de planejamento e pesquisa do mesmo Instituto, Enid Rocha da Silva e Luseni Maria Cordeiro de Aquino (2005) elucidam acerca do perfil das crianças que se encontram abrigadas no Brasil. Obteve-se, por exemplo, que das 20 mil crianças e adolescentes atendidos, tratava-se, na maioria, de meninos (58,5%) afrodescendentes (63%) e com idade entre 7 e 15 anos (61,3%).

Foi revelado que pouco mais da metade vivia nas instituições há mais de dois anos, 32,9% estavam nos abrigos por um período entre dois e cinco anos, 13,3%, entre seis e dez anos, e 6,4%, por mais de dez anos. Pôde-se constatar que a grande maioria (86,7%) tinha família, sendo que 58,2% mantinham vínculos com os familiares e apenas 5,8% estavam impedidos judicialmente de manter contato com a família. Apenas 10,7% deles estavam judicialmente em condições de serem encaminhados para a adoção, o que foi objeto de crítica por parte de Silva e Aquino (2005), leia-se: “Esses meninos e meninas vivem, portanto, a paradoxal situação de estar juridicamente vinculados a uma família que, na prática, já abriu mão da responsabilidade de cuidar deles.”

4.5 Adoção: uma “miragem”

A institucionalização é colocada no ordenamento jurídico brasileiro como medida provisória, entretanto, a insuficiência ou mesmo inexistência de medidas de apoio às famílias em situação de risco possibilita seja aquela prática vista, muita das vezes, simplesmente como um incentivo ao abandono. Isso se deve à falta de investimentos na família original, fato compreendido, objetivamente, como descaso em relação à manutenção de vínculos.

¹⁹ O relatório da pesquisa de número 01 do referido Levantamento encontra-se em anexo.

A falta de investimentos na família biológica da criança é, além disso, responsável por ser a reinserção na família, no mais das vezes, “mais dramática do que permanecer no orfanato” (MAGNO e MONTENEGRO, 2003).

Nos casos em que se manifesta a impossibilidade de reinserção, o direito à convivência familiar, que é constitucionalmente assegurado, impõe seja a criança inserida em família substituta por intermédio da adoção.

Essa imposição não encontra eficácia na prática visto que nos raros casos em que a criança já foi destituída do poder familiar seu perfil não condiz com aquele aspirado pelos candidatos à adoção. É a razão pela qual afirmam Magno e Montenegro (2003) ser a adoção uma miragem para a maioria das crianças abrigadas. “A conta não fecha. Enquanto faltam recém-nascidos para candidatos a pai, sobram meninos fora do perfil desejado”.

Não obstante haver instituições tais como a Instituição Amigos de Lucas, situada na cidade de Porto Alegre-RS, que incentivam a adoção das crianças consideradas “inadotáveis”, tais como crianças negras, maiores de cinco anos, portadoras de necessidade especial ou do vírus HIV, entre outros, a realidade constatada é que esse contingente significativo da população dos abrigos de crianças acaba por chegar à maioridade sem encontrar uma nova família.

É assim que da condição de “carentes”, estas crianças passam a ser abandonadas, pela ausência de uma relação de continuidade com a família e pela sua prolongada permanência nos internatos (Magno e Montenegro, 2003).

4.6 Abandono por parte do Estado

O longo período de permanência de crianças em abrigos, contrariando frontalmente a previsão constante do artigo 19²⁰ do ECA, ora mencionado, faz com que se conceba uma outra forma de abandono ao qual essas crianças estão sujeitas: o abandono por parte do Estado.

Weber (2000) chama a atenção para a quantidade significativa de casos nos quais a reintegração familiar da criança junto à família de origem seria facilmente alcançada a partir de um trabalho de apoio por parte dos governos, além

²⁰ **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 livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

de programas de assistência na perspectiva da prevenção ao alcoolismo, à drogadição e à violência que, implementados, evitariam a institucionalização.

Martinho (2004, p. 54) posiciona-se quanto às medidas de prevenção ao abandono, ressaltando a importância de ações educativas voltadas para a formação de uma sexualidade consciente, bem como de ações básicas, como o acompanhamento pré-natal diferenciado, onde seja possível estimular o vínculo e o apego desde a gestação e atentar para a identificação de situações de risco.

É marcante, ainda, conforme salienta Lídia Weber (1999), a negligência por parte das instituições onde, por vezes, nas palavras da própria autora, “não existem sequer documentos sobre a criança, quanto mais dados específicos sobre a sua história de vida”. O que acompanha essa realidade é o descaso quanto à preparação das crianças abrigadas para o reingresso ao núcleo familiar originário ou para a colocação em família substituta.

Guirardo (1980 *apud* ALBORNOZ, 2006, p. 41 - 42) aponta residir o problema maior no fato de que ao mesmo tempo em que a criança está se ressentindo da perda de alguns vínculos afetivos, ela está convivendo nas condições ambientais institucionais, que não lhe fornecem elementos para a elaboração da perda e para a construção de vínculos estáveis.

Como resultado, tem-se que:

As crianças sofrem, portanto, seqüelas negativas as mais generalizadas, em vários domínios, como resultado do abandono familiar ou da experiência institucional. O tempo de permanência e as colocações subseqüentes modelam ainda mais estes efeitos (Ferreira, 2004, p. 110).

É assim que, quando se refere ao Estado em suas esferas Executiva, Legislativa e Judiciária, atenta-se para a ineficácia ou inexistência de ações que previnam o abandono e que possibilitem uma reinserção familiar bem sucedida; a ausência de legislação que fixe tempo médio para que se proceda à reintegração junto à família de origem ou a destituição do poder familiar e, ademais, a morosidade desse processo, constatada na atualidade, e suas trágicas conseqüências, a despeito de qualquer escusa originária dos profissionais envolvidos nessa demanda tendente a atenuá-las.

A dimensão mais profunda do abandono, aquela que acaba por desferir o último golpe na esperança dessas crianças é destarte, em não sendo “abandonadas oficialmente”, não terem a oportunidade de uma nova família.

Como bem assevera Norberto Bobbio (1992, p. 80): “A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação”. Conclui-se, a partir dessa premissa, interpretando-a no contexto dessa discussão, que o direito à convivência familiar, no caso das crianças abrigadas, sucumbe frente à ausência de cumprimento da equivalente obrigação por parte do Estado, apesar desse mesmo direito estar assegurado em sua Lei Maior.

5 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Já se disse que o imoralismo começa pela aceitação da dor alheia. Ficar indiferente ao sofrimento dos outros é o primeiro passo para qualquer crime. O contrário disso é a solidariedade, que estabelece uma ligação forte entre os seres humanos. (Ana Maria Machado – “O Tesouro das Virtudes para Crianças”).

Antes de adentrar no âmago deste capítulo, convém trazer à tona algumas considerações acerca do conceito de família, o que certamente complementarará o exposto ao capítulo anterior.

Conforme preleciona a doutrinadora Maria Berenice Dias (2007, p. 41), a Lei Brasileira, em momento algum, se preocupou em definir a família, limitando-se a identificá-la com o casamento, o que resultou de forma desastrosa, uma vez que levou a Justiça a condenar à invisibilidade e a negar direitos “a quem vivia aos pares sem a chancela estatal.” Com a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), temos pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a definição legal desse instituto dentro de seu perfil contemporâneo, donde se depreende que, apesar de a referida lei buscar coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família qualquer relação de afeto (art. 5º, III)²¹. Nas palavras de Dias: “E não se diga que esse conceito serve tão só para flagrar a violência. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência” (2007, p. 41).

Com isso, tem-se que a família–instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, o que justifica a sua proteção pelo Estado (ESTROUGO, 2004 *apud* DIAS, 2007, p. 41).

Ressalte-se que a institucionalização da família conjugal moderna foi acompanhada de uma “cultura familiar que enfatiza a privacidade, o amor materno e

²¹ **Art. 5º** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. [...].

a criança” (BRUNO, 2004, p. 162) e que seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo (DIAS, 2007, p. 40), continuando a desempenhar as funções econômicas, reprodutivas e de socialização.

No Brasil, o direito à convivência familiar é assegurado pela garantia constitucional da instituição família. Importante não se confundir, porém, as garantias institucionais com as “garantias do instituto”, na medida em que as últimas, como lembra Schmitt (1958 *apud* BONAVIDES, 1997, p. 520), ocorrem sempre em proveito dos institutos jurídicos de direito privado: a propriedade, o direito sucessório, a **família**, o casamento (grifo nosso).

Quanto ao direito da criança à convivência familiar, assevera Prado (1988 *apud* BRUNO 2004, p. 163) que:

O direito da criança de conviver na família merece destaque, pois de forma predominante na infância (e adolescência), a vida familiar é “única” em seu papel determinante no desenvolvimento da sociabilidade, da afetividade e do bem-estar físico dos indivíduos.

A privação dos cuidados maternos, conforme lembra Maria Berenice Dias (2004, p. 13) a partir de dados emitidos pela Organização Mundial de Saúde, resulta, quase sempre, para a criança, em desenvolvimento retardado física, intelectual e moralmente.

5.1 Efeitos deletérios do abrigamento

Ao se apreciar uma família diferente do tradicional modelo, pais legalmente casados, filhos estudando; por exemplo, pode acontecer o surgimento de dúvidas a respeito da importância do papel socializador desta família, especialmente se pertencer às camadas mais pobres da população.

As crianças que nascem nessas famílias, como preleciona Denise Duarte Bruno (2004, p. 163), são as mais vulneráveis e, por isso mesmo, as que mais frequentemente se tornam alvo das medidas de institucionalização, que pode configurar para elas uma forma de des-socialização, tendo em vista que, “a seu modo, a família é fundamental no processo de socialização.”

O que se depreende da leitura de estudos de cunho psicológico junto às crianças abrigadas é que o atendimento massificado realizado em instituições tem para elas um altíssimo custo pessoal, consubstanciado em carência afetiva,

baixa auto-estima, dificuldade para estabelecer vínculos afetivos, atrasos no desenvolvimento psicomotor e pouca familiaridade com rotinas familiares. Esses aspectos, se vivenciados por longos períodos, como lembram Silva e Aquino (2005) representam não apenas uma violação de direitos, mas deixam marcas indelévels na vida dessas crianças e desses adolescentes que, com freqüência, não adquirem “sentimento de pertencimento” e enfrentam sérias dificuldades para a adaptação e convívio em família e na comunidade.

Nessa esteira, Rizzini (1985 *apud* WEBER 2000) situa o abandono e as falhas dos cuidados prestados a crianças como determinantes de uma gama de distúrbios que podem se manifestar na vida adulta, tanto sob a forma de perturbações menos graves nas relações afetivas quanto em casos extremos de manifestações psicóticas. Assevera, ademais, que é a vinculação afetiva, inclusive, que propicia as estimulações sensorial, social e afetiva, fundamentais para que o indivíduo adquira amplas condições de aprendizagem em todas as áreas.

No parecer de Weber (1996):

“Parece claro que a infância conturbada e privada de laços afetivos fortes traz conseqüências futuras para o repertório comportamental dos indivíduos, inclusive para a auto-estima, que pode definir sua forma de relacionamento com o outro e com o mundo em geral.”

5.2 Privação da convivência familiar: providências cabíveis

Uma vez tenha se efetivado a privação da convivência com a família natural, a criança pode ser colocada em abrigo, que é medida provisória e excepcional e deve ser utilizada como forma de transição para a colocação em família substituta, a fim de que não persista a situação de abandono (artigo 101, parágrafo único, do ECA). Veja-se:

Art. 101 [...] Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

A situação de abrigamento conduz à colocação em família substituta, providência esta que é, obrigatoriamente, judicializada e tem respaldo no artigo 101, inciso VIII e 28 e seguintes do ECA. *In verbis*:

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

VIII - colocação em família substituta. [...].

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

Importante trazer à luz tais conceituações, ainda que de maneira superficial, quais sejam:

Guarda – Medida que visa proteger crianças e adolescentes que não podem ficar com seus pais provisoriamente ou em definitivo. Confere responsabilidade pela assistência material, afetiva e educacional de uma pessoa até os 18 anos de idade, ficando o poder familiar e os vínculos com a família de origem preservados. Note-se que o guardião pode renunciar ao exercício da guarda sem impedimento legal. É concedida a abrigos, a “famílias guardiãs”²² e a candidatos a pais adotivos, durante o estágio da convivência, até que sobrevenha a sentença da adoção.

Tutela – Corresponde ao poder instituído a um adulto para ser o representante legal da criança ou adolescente na falta dos pais, devido à destituição do poder familiar ou falecimento, para gerir a vida e administrar seus bens.

Adoção – Regulamentada pelo Código Civil e pelo ECA, é procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para a criança/adolescente a condição de filho. Os vínculos jurídicos com os pais biológicos e parentes são anulados com a adoção, salvo os impedimentos matrimoniais. É irreversível e irrevogável.

Nos casos em que a colocação em família substituta não é possível e as crianças permanecem abrigadas, estas ficam legalmente sob a guarda do responsável pelo abrigo. O atendimento deve ser acompanhado pelas autoridades

²² A família guardiã é uma alternativa de convivência familiar desenvolvida como programa por algumas prefeituras no Brasil. O objetivo dessa medida alternativa é fornecer uma família substituta para crianças/adolescentes cujos pais estejam impedidos de conviver com seus filhos, provisória ou definitivamente, evitando ou interrompendo a sua institucionalização em abrigos coletivos. Nesses programas, tanto as famílias de origem como as eventuais famílias adotivas são acompanhadas para promover o retorno da criança ou aproximá-la gradativamente da família adotiva. Dessa forma, as crianças/adolescentes nunca deixam de estar sob os cuidados de uma família, seja enquanto esperam pelo retorno à família de origem, ou enquanto aguardam por uma adoção, fazendo valer um dos princípios fundamentais do ECA. – (AMB, Abrigo Legal, 2007).

competentes, com atenção especial para a garantia de todos os direitos que lhe são assegurados na legislação brasileira, inclusive aquele referente à convivência familiar e comunitária, sendo que as diretrizes para reordenamento dos abrigos aconselham que as instituições proporcionem um acolhimento o mais semelhante possível ao da rotina familiar.

A institucionalização tem como objetivo último o retorno do abrigado para sua família de origem no prazo mais breve possível, implicando que, enquanto durar a aplicação da medida, os abrigos devem contribuir com os demais atores da rede de atendimento, quais sejam, Conselho Tutelar, Juizado da Infância e Juventude, Ministério Público, Programas de assistência do governo, etc., no sentido de buscar manter os vínculos familiares das crianças e de apoiar as famílias a receber seus filhos de volta e a exercer, de forma adequada, suas funções.

Além disso, os abrigos devem empreender outros esforços no sentido de propiciar o direito à convivência familiar e comunitária na rotina do atendimento, tendo em vista aqueles casos em que o retorno à família de origem se mostra inviável e as crianças têm que permanecer nos abrigos por um tempo considerável, até que se integrem a uma nova família.

Quanto à guarda das crianças abrigadas, tem-se, nos termos do artigo 92, parágrafo único do ECA, que “o dirigente do abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito”, o que significa que, a partir do momento em que a criança está sob a sua responsabilidade, este passa a ter todas as obrigações como seu responsável, constantes do artigo 33 do ECA, adiante:

Art. 33 A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...].

Até mesmo os atos da vida civil das crianças necessitarão da participação do dirigente do abrigo, que deverá prestar contas, sendo supervisionado pelo Ministério Público e pelo Juiz da Infância e Juventude, conforme consta do parágrafo segundo do artigo retro-citado ²³.

²³ **Art. 33** A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...]

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. [...].

5.3 Abrigos do Brasil e a convivência familiar e comunitária

Enid Rocha da Silva e Luseni Maria Cordeiro de Aquino, já mencionadas, chegaram a inúmeras conclusões acerca da situação do atendimento, as características, a estrutura de funcionamento e os serviços prestados pelos abrigos que recebem recursos do Governo Federal, das quais seguem algumas, importantes para o estudo em questão, principalmente no que tange à identificação de ações propiciadoras do convívio familiar e comunitário das crianças abrigadas.

Ao total, foram 589 instituições investigadas, sendo estes alguns dos itens pesquisados, quesitos levados em consideração e resultados encontrados:

Perfil dos Abrigos

Não governamentais	68,3%
Públicos	30,0%
Têm orientação/vínculo religioso	67,2%
Católicos	62,1%
Evangélicos	22,5%
Espíritas	12,6%
Anteriores a 1990	41,4%
Posteriores a 1990	58,6%
Dirigidos por voluntários	59,3%
Dirigidos por profissionais remunerados	33,4%
Profissionais do quadro próprio do abrigo	59,2%
Profissionais voluntários	25,3%
Funcionam sob regime de permanência integral	78,4%
Funcionam sob outros regimes de permanência	19,7%
Recursos próprios e privados no financiamento das entidades não governamentais	61,7%
Recursos públicos e privados no financiamento das entidades não governamentais	32,3%

Fonte: IPEA/CONANDA. *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, 2004.

Convivência Familiar

Analisou-se o atendimento realizado pelos abrigos a partir de quatro quesitos:

- preservação dos vínculos familiares, levando-se em conta as ações de incentivo à convivência das crianças e adolescentes com suas famílias de origem e o princípio de não-desmembramento de grupos de irmãos abrigados;
- apoio à reestruturação familiar;
- incentivo à convivência com outras famílias;
- estrutura residencial do abrigo.

Apesar dos índices elevados de instituições que praticavam esses critérios isoladamente, somente 5,8% dos abrigos pesquisados desenvolviam conjuntamente todas as ações elencadas.

Convivência comunitária

- participação de crianças e adolescentes abrigados na vida comunitária local em creches, ensino regular, profissionalização para adolescentes, assistência médica e odontológica, atividades culturais, esportivas e lazer, entre outros;
- participação das pessoas da comunidade no processo educativo do abrigo em trabalhos voluntários no âmbito dos serviços complementares, tais como religiosos, de reforço escolar, em atividades como música, teatro, entre outros e inserção do abrigo em um contexto onde se disponibilizam serviços e equipamentos comunitários.

Apenas 6,6% dos abrigos pesquisados utilizavam todos os serviços necessários a crianças e adolescentes que estavam disponíveis na comunidade. A maioria das instituições (80,3%) ainda oferecia pelo menos um desses serviços diretamente dentro do abrigo.

Apoio à reestruturação familiar

Aspecto importante para a garantia do direito à convivência familiar, também foi objeto de pesquisa, onde foram levados em conta:

- visitas domiciliares às famílias das crianças e dos adolescentes sob sua responsabilidade;
- acompanhamento social das famílias;
- organização das reuniões ou grupos de discussão e apoio para os familiares dos abrigados;
- encaminhamento das famílias para a inserção em programas oficiais ou comunitários de auxílio/proteção à família.

As instituições que realizavam todas essas ações conjuntamente alcançaram um percentual de apenas 14,1% do universo pesquisado.

Importante fazer constar a ressalva feita por Silva e Aquino (2005) a respeito deste item de que, na verdade, a tarefa de apoio à reestruturação familiar, apesar de poder ser, em parte, realizada pelos abrigos, consiste em responsabilidade e pode ser muito melhor implementada pelo Poder Executivo, por meio de políticas públicas.

Incentivo à convivência de crianças e adolescentes abrigados com outras famílias

Importante opção face à prática brasileira de prolongada institucionalização de crianças e adolescentes em situação de risco, também foi avaliada por intermédio dos seguintes quesitos:

- incentivo à integração em família substituta sob as formas de guarda, tutela e adoção;
- envio de relatórios periódicos sobre a situação dos abrigados e de suas famílias para as Varas de Infância e Juventude;
- manutenção de programas de “apadrinhamento afetivo”²⁴.

²⁴ Prática solidária de apoio afetivo às crianças/adolescentes que vivem em instituições de abrigo e que, não necessariamente, estão à disposição para adoção. Os padrinhos podem visitar seu afilhado no abrigo, comemorar seu aniversário, levá-lo a passeios no fim de semana, levá-lo para seus lares nas férias, no Natal, orientar seus estudos. O apadrinhamento afetivo, como qualquer outra medida de proteção à infância e à juventude, deve ser desenvolvido e cuidadosamente acompanhado, como um programa ou projeto cuja iniciativa pode ser de Conselhos Municipais dos Direitos da Criança, de abrigos e instituições, de Secretarias de Estado ou Município, Varas da Infância e Juventude, Tribunais de Justiça, etc., em parceria com igrejas, universidades, organizações não-governamentais, associações de moradores, empresas privadas, entidades ou associações nacionais e internacionais de apoio à infância, etc. – (AMB, Abrigo legal, 2007).

O percentual de instituições pesquisadas que desenvolviam todas essas ações foi apenas de 22,1%.

Esses resultados, aquém do que se era de esperar, ilustram, de forma decisiva, a mitigação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças abrigadas. Silva e Aquino (2005) colocam que o longo período de permanência dessas crianças nas instituições acaba resultando, de fato, na ausência de preocupação com a promoção daquele direito e numa espécie de “apropriação” desses meninos e meninas pelos abrigos. Apontam, ainda, a relação entre essas condições e a falta de integração entre os abrigos e os demais atores da rede de atendimento a crianças e adolescentes.

No capítulo à frente, serão estudados os atores envolvidos no processo de definição familiar das crianças abrigadas, bem como o desenrolar desse processo como um todo.

6 DEFINIÇÃO FAMILIAR

Somos culpados de muitos erros e de muitas falhas, mas nosso pior crime é abandonar as crianças, desprezando a fonte da vida. Muitas coisas de que precisamos podem esperar. A criança não pode. É exatamente agora que seus ossos estão se formando, seu sangue é produzido, seus sentidos estão se desenvolvendo. Para ela não podemos responder “amanhã”. Seu nome é “hoje”.

Gabriela Mistral²⁵

O ordenamento jurídico pátrio, conforme esclarece Chaves (2004, p. 88), já superou o estágio em que se diferenciava radicalmente as esferas público e privado, como segmentos estanques de atividade jurídica e social. Vive-se, atualmente, um processo de “publicização do privado” e de “privatização do público”, numa interpenetração saudável e, mais do que isso, necessária à concretização do ideal de justiça.

Uma das explicações para essa assertiva, segundo Chaves (2004, p. 88), é a existência, hoje, da recepção de disposições de ordem pública no âmbito do direito privado; tais disposições extrapolam os interesses e direitos individuais, contendo preceitos que interessam à própria coletividade, donde se abstrai um interesse social relevante. Essa interpenetração entre o público e o privado acontece, de forma marcante, com o Direito de Família e, com muito maior vigor, no Direito da criança e do adolescente, tendo isso sido plasmado pelo legislador no artigo 227²⁶ da Constituição Federal.

Destarte, o legislador conclama a família, a sociedade e o Estado para que estabeleçam um “pacto de solidariedade”, sendo de alta relevância a conscientização de que os problemas que permeiam a infância e a juventude pertencem a todos, e que

²⁵ Pseudônimo escolhido por Lucila de Maria del Perpetuo Socorro Godoy Alcayaga (Vicuña - 07 de abril de 1889 – Nova York – 10 de janeiro de 1957). Poetisa, educadora, diplomata e feminista chilena, vencedora do Prêmio Nobel de Literatura em 1945.

²⁶ **Art. 227** 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. [...].

a sua adequada solução é condição essencial para a edificação de uma sociedade mais justa e mais fraterna, com menos violência e desigualdade; lembre-se, por exemplo, do estabelecido ao artigo 226²⁷ da Constituição Federal, de que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (CHAVES, 2004, p. 88).

Fachinetto (2004) refere-se a essa responsabilidade imperativa da família, da sociedade e do Estado de velar pelos direitos fundamentais à infância de “intervenção tripartite” que, segundo ele, se estabelece através dos primados da “desjudicialização dos problemas sociais, mantendo-se a intervenção judicial apenas quando presente um conflito de interesse juridicamente relevante.”

Importante ressaltar-se que a atuação do Poder Judiciário, quando necessária, consubstancia-se numa “atuação em rede”, onde se inserem outros atores do processo de definição familiar da criança, quais sejam, o advogado, o Ministério Público, o Conselho Tutelar e os profissionais auxiliares de outras áreas, que respaldam, no caso da criança e do adolescente, a atividade judicial.

6.1 A Justiça da Infância e Juventude

O acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos, conforme prelecionam Filho e Milano (1996, p. 179), vem consagrado no artigo 141²⁸ do ECA, resguardando-se, desta feita, a garantia de seus direitos, inserida tal realidade no contexto das regras de proteção integral.

Azambuja (2004, p. 68) chama a atenção para o fato de que a criança afastada do convívio familiar, ao chegar ao Sistema de Justiça, já carrega as marcas de inúmeras situações de maus-tratos e violência, seja qual for sua idade cronológica. Assevera, ainda, que a responsabilidade em se opinar ou decidir pelo afastamento de uma criança de sua família é imensa, podendo tanto ser uma

²⁷ **Art. 226** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].

²⁸ **Art. 141** É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

§ 2º 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.

medida de proteção extremamente eficaz, garantindo-lhe, inclusive, a continuidade da vida, como pode ser também mais uma forma de maltratá-la (AZAMBUJA, 2004, p. 68).

Chaves (2004, p. 92) lembra que os processos que cuidam de alteração de guarda, suspensão e destituição do poder familiar, são, no mais das vezes, extremamente delicados e difíceis, devendo o juiz da Infância e Juventude demonstrar também “inclinação e disposição para enfrentar problemas que exigem mais bom-senso do que propriamente disposições legais” (NOGUEIRA, 1998, p. 248).

Em caso de crianças inseridas na hipótese no artigo 98²⁹ do ECA, consoante disposto no parágrafo único do artigo 148 do mesmo Estatuto, competirá à Justiça da Infância e Juventude conhecer das ações de destituição do poder familiar (MILANO e FILHO, 1996, p. 193). Ressalte-se a observação de Filho e Milano (1996, p. 195) de que para os casos elencados nas letras “a” a “h” do parágrafo único do mesmo artigo, a autoridade judiciária deverá evitar posições que prolonguem a definição da situação existente, vez que todos os casos enumerados são considerados urgentes.

No que diz respeito à competência da Justiça da Infância e da Juventude, esta vem disciplinada no artigo 147³⁰ do Estatuto, adotando-se, em princípio, conforme disposto ao inciso I, o domicílio dos pais ou responsáveis, que somente será abandonado se for desconhecido, prevalecendo, nessa circunstância, consoante disposto no inciso II do artigo supra, o lugar onde se encontre a criança ou adolescente (FILHO e MILANO, 1996, p. 191).

²⁹ **Art. 98** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

³⁰ **Art. 147** A competência será determinada:

- I - pelo domicílio dos pais ou responsável;
 - II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.
- § 1º. Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.
- § 2º A execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.
- § 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo estado.

Os Conselhos Tutelares, que serão tratados adiante, como órgãos de contato direto com os problemas afetos à criança e ao adolescente, devem, de início, a partir dos poderes conferidos pelo ECA, resolver aqueles de menor gravidade. Em caso de não obter êxito, deve-se encaminhar o caso à Vara da Infância e Juventude competente (ISHIDA, 2005, p. 222), não podendo o julgador prescindir da atuação conjunta com os órgãos técnicos, da intervenção do Ministério Público e da participação do advogado.

6.2 O Advogado: “essencial à administração da justiça”

Conforme lembra Gonçalves (2004, p. 75), as garantias constitucionais do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa exigem que o conhecer, o apreciar e o decidir a respeito dos direitos e interesses da criança e do adolescente sejam validados no bojo do devido processo legal (art. 5º, inc. LV)³¹, assegurando àqueles os direitos processuais tal qual às pessoas com idade superior a dezoito anos de idade.

Para que isso seja possível, a intervenção de advogado será obrigatória sempre que houver lide, facultativa nos demais casos, dispensando-se, inclusive, a outorga de procuração no caso de dificuldades na sua confecção, mas, de qualquer maneira, nunca embaraçando a defesa dos direitos da criança e do adolescente (MILANO e FILHO, 1996, p. 179 e 180). Nesse diapasão, assevera CHAVES (2004, p. 90) que

a atuação vigorosa e competente dos advogados é essencial no trabalho do julgador na medida em que trazem a visão dos constituintes, aproximando aquele da realidade emocional e cultural das partes e do seu universo de valores.

Desta maneira, o advogado estará presente não só na fase da apreciação do pedido e da decisão, mas no acompanhamento do cumprimento das determinações judiciais pelos abrigos, podendo requerer, a qualquer tempo, o

³¹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

retorno à família, modificações no atendimento prestado, elaboração de novos laudos e diagnósticos, assim como substituições das medidas aplicadas por outras que melhor propiciem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da criança, em condições de liberdade e dignidade, assegurando-lhe a proteção integral (art. 3º ECA)³² (GONÇALVES, 2004, p. 80).

Note-se, como ressalta Gonçalves (2004, p. 81), que o sistema jurídico vigente reconheceu à criança e ao adolescente, como sujeitos de direitos que são, que a decisão de seu ingresso em abrigos por intermédio de meros expedientes administrativos do juiz de Direito, ainda que com a promoção do promotor público e parecer de assistente técnico, mas sem a presença e participação do advogado, constitui nulidade absoluta, na medida em que configura cerceamento de defesa ao seu direito à convivência familiar e comunitária.

Como exceção à publicidade dos atos processuais em virtude de interesse social relevante, os feitos relacionados à criança respeitarão sempre o segredo de justiça, regra no ECA, e assegurarão a assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 206)³³. Quanto às situações não previstas no ECA, relativas ao defensor, resolver-se-ão de acordo com as regras do Diploma Processual Civil (FILHO e MILANO, 1996, p. 250).

Objetivou o legislador, a partir da exigência de participação de procurador das partes no feito, proporcionar todos os meios de acesso à justiça à criança e ao adolescente e a seus responsáveis legais (ISHIDA, 2005, p. 351).

6.3 O Ministério Público: Guardiã do Estado Democrático de Direito

O Ministério Público, com o advento da Constituição Federal de 1988, recebeu inúmeras atribuições que ampliaram largamente as suas funções. O ECA, seguindo essa tendência, disciplinou suas atribuições nos artigos 200 a 205.

³² **Art. 3º** A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

³³ **Art. 206** A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

O antigo “curador de menores”, conforme lembra Ishida (2005, p. 338), que se limitava a pedidos de colocação em família substituta, ampliou sobremaneira suas funções, tendo sido legitimado para interceder em favor dos interesses individuais, coletivos e difusos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, a intervenção do Ministério Público é sempre obrigatória, sob pena de nulidade dos atos praticados (art. 204)³⁴, atuando, quando não for parte, na qualidade de defensor dos interesses contidos na lei, fundamentando seus pedidos e pareceres (FILHO e MILANO, 1996, p. 247).

Como fiscal da lei, age representando o interesse público, competindo-lhe assegurar sua observância. Como parte, age em nome próprio na defesa de alguma pessoa, como autor ou réu, tendo um amplo campo de atuação, em defesa dos interesses da criança e do adolescente, além da sociedade como um todo (FILHO e MILANO, 1996, p. 247).

Releve-se que não é apenas o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude o único órgão do Ministério Público a zelar pelos direitos e interesses pertinentes à proteção da criança, mas toda a instituição está investida na proteção da infância e da juventude, na forma e nos limites da lei local de organização do Ministério Público (ISHIDA, 2005, p. 339).

A atuação ministerial, no caso das crianças inseridas no artigo 98 do ECA, já citado, segue a uma extensa área de atividades, sendo que o promotor é legitimado para propor a ação de suspensão e destituição do poder familiar (Art. 201, inciso III)³⁵.

Como lembra ISHIDA (2005, p. 342), outra não é a intenção do legislador quando do artigo 201 do ECA, do que a garantia da presença do Ministério Público em todo e qualquer procedimento da competência da Justiça da Infância e da Juventude, “quer porque já o tenha proposto, quer porque o tendo ajuizado, nele obrigatoriamente deve intervir.”

6.4 Conselho Tutelar: o primeiro contato

³⁴ **Art. 204** A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

³⁵ **Art. 201** Compete ao Ministério Público: [...]

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; [...].

O juiz da Infância e da Juventude exerce a atividade administrativa e jurisdicional, não lhe competindo mais, contudo, prestar assistência social direta. Para tanto, foram instituídos pela Carta Magna os Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente e o Conselho Tutelar (CHAVES, 2004, p. 89).

Conforme ensina Fachinetti (2004), a criação do Conselho Tutelar consolidou o *modus* de intervenção da sociedade e do Estado, notadamente do Município, no que se refere às questões sócio-familiares em que os direitos das crianças e dos adolescentes sofrem ameaça ou violação, “sem qualquer intervenção do Estado-Juiz, enquanto autoridade competente originária.”

Note-se que o ECA confere ao Conselho Tutelar; órgão permanente, autônomo e não jurisdicional (artigo 131)³⁶, a função ou atribuição de aplicar as medidas de proteção à infância.

Por se tratar de um espaço legítimo da comunidade que, por intermédio de seus representantes, presta atendimento às suas crianças, adolescentes e famílias, assume as funções relacionadas com os aspectos sociais, exercidas anteriormente pela Justiça da Infância e da Juventude (MILANO e FILHO, 1996, p. 167).

Definição bem ampla, trazida a luz por Filho e Milano (1996, p. 171 e 172), é aquela que impõe ao Conselho Tutelar o caráter de escuta, orientação, e encaminhamento, responsabilizando-o pela primeira orientação à criança em situação de risco. Nesse sentido, o artigo 136³⁷ do Estatuto enumera as atribuições

³⁶ **Art. 131** O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

³⁷ **Art. 136** São atribuições do Conselho Tutelar:

- I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;
- II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;
- III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
 - a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
 - b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.
- IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;
- V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
- VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;
- VII - expedir notificações;
- VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

gerais do Conselho Tutelar, e, ainda, de receber denúncias e reclamações e de aplicar as medidas de proteção à criança e ao adolescente (art. 101, inc. I a VII)³⁸, e a seus responsáveis (art. 129, inc. I a VII)³⁹, sendo que as demais ficam a cargo da autoridade judiciária, que também poderá rever as decisões do Conselho Tutelar (art. 137)⁴⁰, bem como, enquanto não instalados os Conselhos, exercer as atribuições a ele conferidas (art. 262)⁴¹.

Ressalte-se que o rol de atribuições do Conselho Tutelar não é taxativo, podendo surgir outras soluções, sempre no interesse da criança e do

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

XI - representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

³⁸ **Art. 101** Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

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

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

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

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

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

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

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

³⁹ **Art. 129** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

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

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

⁴⁰ **Art. 137** As decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

⁴¹ **Art. 262** Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.

adolescente, competindo-lhe fiscalizar as entidades de atendimento (art. 95)⁴² e iniciar, por meio de representação, os procedimentos judiciais adequados para a apuração de irregularidades em entidades (art. 191)⁴³ e infrações administrativas (art. 194)⁴⁴ (MILANO e FILHO, 1996, p. 171 e 172).

Como conclui Fachinetti (2004):

Esta nova estratégia de intervenção importou, no plano formal das competências, no deslocamento da seara judicial para a seara das políticas públicas, tendo no Conselho Tutelar o órgão central para diagnóstico e enfrentamento das situações concretas de ameaças ou violações de direitos das crianças e dos adolescentes, seja pela família, pela sociedade, seja pelo próprio Estado.

6.5 Serviços Auxiliares: subsídios essenciais

A função da equipe interprofissional, cujos recursos para sua manutenção deverão ser previstos na elaboração de proposta orçamentária do Poder Judiciário (artigo 150)⁴⁵, será de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude (MILANO e FILHO, 1996, p. 199), fornecendo subsídios que otimizem os resultados das atribuições desempenhadas por juízes, advogados e Ministério Público no pertinente à infância e juventude.

A equipe interprofissional que, no mínimo, deverá ser composta por assistente social e psicólogo, possibilitará ao magistrado elementos a partir dos

⁴² **Art. 95** As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

⁴³ **Art. 191** O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos. Parágrafo único. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada.

⁴⁴ **Art. 194** O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.
§ 1º No procedimento iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração.
§ 2º Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, dos motivos do retardamento.

⁴⁵ **Art. 150** Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

quais possa melhor apreciar a questão de fato e desenvolverá, ademais, trabalhos de aconselhamento e orientação de crianças e adolescentes, como bem definido no artigo 151 do Estatuto⁴⁶ (MILANO e FILHO, 1996, p. 199).

6.6 Suspensão e Destituição do Poder Familiar

Quando se constata falta grave praticada por um ou ambos os pais, conforme dispõem os artigos 1.637 e 1.638⁴⁷ do Código Civil de 2002, ou diante do descumprimento dos deveres paternos, enunciados no artigo 22⁴⁸ do ECA, o caminho legal é o ajuizamento de ação de suspensão ou de destituição do poder familiar. Por intermédio de uma sentença judicial, os pais são suspensos ou perdem o exercício do poder/dever sobre os filhos.

Nas hipóteses menos severas, em que a ação cabível for a de suspensão do poder familiar, permite-se, ao longo da tramitação do feito, que sejam impostas condições aos pais, com o intuito de possibilitar que readquiram aptidão para o exercício da guarda e do poder familiar sobre os filhos (AZAMBUJA, 2004, p. 70).

O que se observa na prática, entretanto, como adverte Azambuja (2004, p. 71)

⁴⁶ **Art. 151** Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

⁴⁷ **Art. 1.637** Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

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

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁴⁸ **Art. 22** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

é uma enorme carência de programas de atendimento à família, inviabilizando que os pais, por si só, tornem-se aptos ao exercício da paternidade e da maternidade. A sentença judicial que suspende os pais do poder familiar, sem estabelecer as condições ou o prazo para a reavaliação, pode tornar-se um fator de risco para que a situação jurídica da criança seja esquecida, especialmente se o infante já tiver vencido os primeiros anos de vida.

Na hipótese mais severa, em que for decretada a destituição do poder familiar, as crianças devem ser, de imediato, incluídas no cadastro para adoção. Entretanto, em contraposição a essa assertiva, Maria Regina Fay de Azambuja (2004, p. 70), com base em dados obtidos pelo levantamento da situação jurídica das crianças abrigadas efetuado no NAR-Belém (Núcleo de Abrigos Residenciais de Belém Novo), abrigo residencial situado em Porto Alegre-RS, no período de junho de 2001 a junho de 2002, pelo Grupo de Voluntários⁴⁹, aponta que 84,6% da população no período estudado havia sido destituída do poder familiar e não constava do cadastro da adoção, como determina o artigo 50⁵⁰ do ECA.

Azambuja (2004, p. 70) alerta que o que se observa em casos como esses, é que o destino da criança passa a ser, via de regra, o abrigo, até que atinja a maioridade.

Ressalte-se, ademais, o grande número de casos em que a criança abrigada sequer tem processo judicial equivalente, onde se vê que o Judiciário desconhece sua situação de indefinição familiar, concluindo-se facilmente acerca da quase impossibilidade da adoção de providências tendentes a restabelecer seu direito à convivência familiar e comunitária.

Enid Rocha de Andrade da Silva refere-se à situação denominada de indefinição familiar como “limbo”, onde estão as crianças não abandonadas

⁴⁹ Grupo que se formou exclusivamente com a finalidade de desvendar a realidade vivenciada no NAR-Belém. Mais tarde, com a publicação do trabalho, o grupo se dissolveu.

⁵⁰ **Art. 50** A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

oficialmente, e que, por isso, ficam privadas da tentativa de inserção em nova família⁵¹.

O grande desafio, como afirma Chaves (2004, p. 92), “é conseguir que os processos tenham um desenvolvimento célere, mas com segurança...” E continua: “é que a morosidade mantém a criança por largo espaço de tempo em situação indefinida, prolongando a sua condição de abandono e de insegurança.”

6.7 Definição familiar: Flagrante necessidade

Demonstrado pela situação de fato que a inserção em família substituta consiste na mais viável das alternativas, deve-se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, priorizar a família biológica ampliada, decorrente de vínculos sangüíneos maternos ou paternos - avós, irmãos, tios etc. (art. 28, § 2º do ECA)⁵², como forma de manutenção dos vínculos hereditários, afetivos e sociais já construídos pela criança, com vistas à redução dos traumas decorrentes do afastamento dos pais (FACHINETTO, 2004).

Caso tal hipótese não logre êxito, deve-se, posteriormente, buscar a inserção em família substituta não-consangüínea, aquela que não mantém qualquer grau de parentesco com a criança, excepcional em relação à família biológica ampliada pelo fato de romper, mais definitivamente, com a história de vida da criança (FACHINETTO, 2004).

Fachinetto (2004) afirma, outrossim, que a convivência familiar, fim almejado pelas hipóteses supra

faz parte de exclusivo rol de direitos fundamentais alcançáveis somente às crianças e aos adolescentes, decorrente de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, já que sua personalidade ainda está em formação e, em decorrência disso, está em situação fática de desigualdade em relação ao adulto e, portanto, mais vulnerável, merecendo tratamento jurídico mais abrangente e especial, visando a alcançar igualdade jurídico-material.

⁵¹ Informação retirada do documentário “O que o destino me mandar”- 2006, dirigido por Ângela Bastos, de Florianópolis-SC, utilizado pela AMB na Campanha “Mude um Destino”, em favor das crianças abrigadas no Brasil, assistido aos 15 de agosto de 2007.

⁵² **Art. 28** A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

Martinho (2004, p. 54) lembra que em caso de não possibilidade de resgate de vínculos com a família de origem, é necessária coragem para romper os laços de sangue e permitir que a criança seja encaminhada para a adoção. Chama a atenção, ainda, para a urgência do estabelecimento de prazo legal para a destituição do poder familiar, objeto dos projetos de lei de número 760/2003 e 1756/2003⁵³, que hoje não tem um tempo estipulado para acontecer, o que acaba fazendo com que as crianças passem anos nos abrigos, privadas do direito de viver em família.

Em decorrência de o direito à convivência familiar consubstanciar, nas palavras de Azambuja (2004, p. 72), condição essencial à efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a Medida de Abrigamento, mesmo não importando em privação de liberdade, como ressalta Fachinetti (2004), não pode representar um fim em si mesma, mas um recurso a ser utilizado somente em situação de necessidade extrema, depois de se esgotarem todas as alternativas para a manutenção da criança em sua família natural ou colocação em família substituta. Lembra, ainda, Fachinetti (2004) que somente desta forma será dado acolhida ao estabelecido pela Convenção das Nações Unidas pelos Direitos da Criança e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo terceiro da referida Convenção constitui roteiro certo e claro, *in verbis*:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Mesmo após dezessete anos do advento da referida Convenção e do ECA, legislação de vanguarda no contexto da América Latina, o que se vê no Brasil é, até os presentes dias, a inobservância de suas previsões. Na prática, crianças e adolescentes vivem ainda situações contrárias ao que lhes é assegurado a nível nacional e internacional.

Crianças passam por longos períodos de abrigamento em situação familiar indefinida, privadas do direito à convivência familiar, ao arrepio da lei. Somente quando o mandamento constante do artigo supramencionado da Convenção das Nações Unidas pelos Direitos das Crianças for fielmente observado,

⁵³ Ambos os projetos encontram-se em anexo.

assim como todo o corpo normativo trazido à luz pelo ECA, é que se poderá falar, além de tantas outras, em plena garantia do direito à convivência familiar das crianças abrigadas.

CONCLUSÃO

É através dos olhares das crianças que se encontram em abrigos que se percebe o intenso desejo de um novo começo, de um novo lar. É ao ouvir um chamado de “mãe” ou um pedido de “me leva para a sua casa” que se sente, no mais fundo, a amarga condição de estar privado da convivência em família.

Família em um sentido muito mais abrangente do que ao longo dos séculos se tentou conceituar ou conceber; família no sentido de cuidado, de afeto, de amor. De ter alguém presente a segurar em suas mãos no momento dos primeiros vacilantes passos ou no momento em que as primeiras palavras são escritas. Alguém para se chamar de mãe, de pai, e não funcionários que se alternam em turnos e visitantes eventuais.

É então que se vê claramente que o direito fundamental assegurado ao artigo 227 da Constituição Federal Brasileira não é apenas um conjunto de belas palavras de intenção poética, mas requisito que assegura elementos presentes no conceito de dignidade humana, tais como possibilidade de pleno desenvolvimento, sensação de aconchego e confiança, alegria de viver e, acima de tudo, esperança...

O dispositivo supra citado se refere não a “cidadãos de papel”⁵⁴, cujos direitos a lei é clara ao assegurar, mas a seres humanos como qualquer um, crianças frágeis, como todos já foram.

Tentar mensurar as inquietações e angústias que atormentam esses coraçõezinhos é esforço que em vão se faz, sabendo-se que por maior que seja a dor que venha a afligir quem o tenta, se comparada à realidade vivenciada por essas crianças, é ainda muito pequena.

A responsabilidade, em virtude da atipicidade e da relevância da situação desses meninos e meninas, é tríplice: da família, da sociedade e do Estado; além disso, as soluções apropriadas só podem ser alcançadas a partir de um extenso trabalho em rede, que também vem a reafirmar a complexidade da questão.

O entendimento dessa situação é demasiado simples, bastando atentar-se para o fato de que somente assim poderia ser, visto estarem em jogo condições dignas pertinentes à vida de seres humanos e, mais ainda, de seres

⁵⁴ Terminologia utilizada por Gilberto Dimenstein.

humanos em especial contexto, qual seja de desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas, morais, sociais e espirituais.

O Brasil, Estado Democrático de Direito, calcado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, precisa vencer essa cruzada contra a exclusão.

Seus três poderes, de forma integrada, necessitam ascultar o grito silencioso que emana dos olhos dos meninos e meninas sem lar, e se aperceber que o abrigo, por melhor que sejam as condições que revistem a medida, jamais será chamado de casa.

A Esfera Legislativa necessita, com urgência, aprovar lei que fixe prazo máximo para que se efetue o processo de definição familiar, qual seja, a destituição do poder familiar ou o regresso à família de origem.

O Poder Judiciário e, ainda, o Ministério Público, em especial, devem fazer valer o direito à convivência familiar, agilizando, tanto quanto possível, o processo de definição familiar das crianças institucionalizadas, como forma de devolver-lhes os sonhos, a dignidade, a própria infância.

A batalha é, por certo, difícilíssima, vez que o inimigo contra o qual se luta é inexorável: o tempo. A cada dia no abrigo, a cada milímetro crescido, a criança se conscientiza de que suas chances de uma nova família diminuem.

A luta, a despeito de ser penosa, é necessária, sendo, como lembra Ihering⁵⁵, o meio de que se serve o Direito para atingir a paz.

Pode-se completar dizendo que não há paz sem justiça, nem justiça sem dignidade. Para as crianças abrigadas, objeto e objetivo do presente, a dignidade se chama família.

⁵⁵ A Luta pelo Direito

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A situação da adoção no Brasil. Associazione Amici dei Bambini. Disponível em: <http://www.aibi.org.br/doctos/situacao_da_adocao_no_brasil.doc>. Acesso em: 20 abr. 2007.

ALBORNOZ, Ana Celina Garcia. **Psicoterapia com crianças e adolescentes institucionalizados.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

Associação dos Magistrados Brasileiros. Abrigo Legal. **Cartilha da Campanha Mude um Destino**, novembro, 2006.

_____. Adoção: passo a passo. **Cartilha da Campanha Mude um Destino**, novembro, 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência Sexual Intrafamiliar: É possível proteger a criança?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____, Maria Regina Fay. **O Sistema de Justiça frente à criança privada do direito à convivência familiar.** In _____; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família: um compromisso de todos.** Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRUNO, Denise Duarte. **Convivência em família: direito da criança.** In AZAMBUJA, Maria Regina Fay; SILVEIRA, Maritana Viana; _____. **Infância em família: um compromisso de todos.** Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

CHAVES, Sérgio Fernando Vasconcellos. **O Sistema de Justiça frente à criança privada do direito à convivência familiar.** In AZAMBUJA, Maria Regina Fay de Azambuja; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família: um compromisso de todos.** Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **O Direito ao Ninho.** In AZAMBUJA, Maria Regina Fay; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família: um compromisso de todos.** Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil.** 18. ed. São Paulo: Editora Ática, 1994.

_____, Gilberto. **O Mistério das bolas de gude: Histórias de humanos quase invisíveis.** Campinas: Papyrus, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FACHINETTO, Neidemar José. **Medida protetiva de abrigo**: análise dialética e sua transformação social. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/medidaabrigo.pdf>>. Acesso em: 15 de out. 2007.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. **A participação da sociedade civil** – Novas perspectivas. In AZAMBUJA, Maria Regina Fay de Azambuja; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família**: um compromisso de todos. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

FILHO, Nazir; MILANO, David; MILANO, Rodolfo César. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado e interpretado**. São Paulo: Livraria e Editora de Direito LTDA, 1996.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O poder familiar e o Novo Código Civil**. In AZAMBUJA, Maria Regina Fay de Azambuja; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família**: um compromisso de todos. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Relatório). Levantamento Nacional dos Abrigos para crianças e adolescentes da Rede de Serviço de Ação Continuada. Brasília, outubro de 2003. Disponível em: <<http://www3.bireme.br/bvs/adolesc/P/pdf/Relatorio1Abrigos.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MAGNO, Ana Beatriz; MONTENEGRO, Erica. **Os Órfãos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.fnpi.org/premio/2003/finalistas/pdf/2003CSC1751p.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2007.

MARTINHO, Helena. **Infância em família**: um compromisso de todos. In AZAMBUJA, Maria Regina Fay de Azambuja; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. _____. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

O QUE O DESTINO me mandar. Direção e Roteiro: Ângela Bastos. Florianópolis: Utilizado na Campanha Mude um Destino. Associação dos Magistrados Brasileiros, 2006. 1 DVD (59 min.)

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SILVA, Enid Rocha Andradre da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_11/ENSAIO3_Enid.pdf>. Acesso em: 30 de set. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **A ficção e a realidade de crianças institucionalizadas**: uma proposta de intervenção. Lídia Weber. Disponível em: <<http://lidiaw.sites.uol.com.br/ficcaorealidadeintervencao.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

_____, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Nas trilhas de João e Maria**. Breve reflexão sobre o abandono de crianças no Brasil. **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id125.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

_____, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Os filhos de ninguém**: Abandono e institucionalização de crianças no Brasil. Lídia Weber. Disponível em: <<http://lidiaw.sites.uol.com.br/filhosdeninguem.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

ANEXOS

ANEXO I. Projeto de Lei de número 760/2003

ANEXO II. Projeto de Lei de número 1.756/2003

ANEXO III. Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede de Serviço de Ação Continuada (SAC)

ANEXO I

ANEXO II

ANEXO III