

LIMITES LEGAIS E PRINCIPIOLÓGICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NOS CASOS DE INCAPACIDADE CIVIL DOS PAIS

Amiltan Luiz Damascena¹

Fernanda Paula Diniz²

Sumário: 1) Introdução. 2) Desenvolvimento. 2.1) O Poder Familiar: noções gerais. 2.2) A perda do Poder Familiar. 2.3) A atuação do Ministério Público na defesa dos incapazes. 2.4) Ministério Público e a Destituição do Poder Familiar. 2.5) O Conselho Tutelar como órgão auxiliar da função do Ministério Público. 2.6) Limites legais e principiológicos da atuação do Ministério Público nas ações de destituição do poder familiar nos casos de incapacidade civil dos pais. 2.6.1) A nova principiologia do Direito de Família. 2.6.2) Estudo de Casos. 3) Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo: Na pesquisa em tela abordaremos a função do Ministério Público de zelar pelos interesses dos incapazes, conforme dispõe a Constituição Federal. Tratar-se-á da hipótese de pais incapazes que se vêem em situação de perda do poder familiar, em decorrência de sua incapacidade, situação em que há notório conflito de interesses, já que na maioria das vezes a atuação do Ministério Público, sob a alegação de preservar os interesses dos filhos, está desrespeitando princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, a igualdade, a liberdade, dentre outros.

Palavras-chave: Poder familiar. Atuação do Ministério Público. Melhor interesse do menor. Incapacidade civil.

Áreas: Direito de Família. Direito Constitucional.

1) INTRODUÇÃO

O Ministério Público pode agir de forma a destituir o poder familiar dos pais incapazes e proteger apenas os interesses dos filhos menores? De que forma o Ministério Público poderá atuar, como defensor dos incapazes, sem cortar o elo que liga pais e filhos durante uma vida inteira de afeto, de convivência, sem priorizar um ou outro?

¹ Bacharel em Direito pela PUC Minas Serro.

² Mestra e Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas, advogada, professora do Centro Universitário Newton Paiva e da PUC Minas.

Na pesquisa em tela abordaremos a função do Ministério Público de zelar pelos interesses dos incapazes conforme dispõem os artigos 127, *caput* e 226, § 8º da Constituição Federal, com foco nas ações de destituição do poder familiar nos casos de incapacidade civil dos pais.

Ao longo dessa pesquisa, tratar-se-á da hipótese de pais incapazes que se vêem em situação de perda do poder familiar, em decorrência de sua incapacidade - situação em que há notório conflito de interesses, já que na maioria das vezes a atuação do Ministério Público, sob a alegação de preservar os interesses dos filhos, está desrespeitando princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, a igualdade, a liberdade, dentre outros.

.Para um melhor estudo, apresentar-se-á a função de proteção do Ministério Público, bem como a ação de destituição do poder familiar, e os fatores que ensejam esta ação por parte do Estado.

Para tanto, nesse trabalho far-se-á também uma abordagem principiológica focada na constituição da família como entidade basilar de uma sociedade igualitária.

Cabe ressaltar que esta pesquisa visa uma abordagem acerca da não destituição do poder familiar, de forma a preservar o grupo familiar nos casos de incapacidade civil dos pais (uma vez que tal medida só se justificaria em casos de violência, maus tratos, abandono injustificado, ou quaisquer ações que visam impedir que a criança seja prejudicada em sua formação física e psíquica).

2) DESENVOLVIMENTO

2.1) O Poder Familiar: noções gerais

Para mencionarmos um conceito de poder familiar, faz-se necessário trazer à baila algum conteúdo referente à família, principal objeto da pesquisa em questão.

Vivemos em constantes transformações econômicas, emocionais, sociais, culturais e a família, base da sociedade, está também inserida neste contexto de inovações.

O novo texto constitucional de 1988 trouxe novas nomenclaturas e novos parâmetros para a concepção da instituição familiar antes fundada no poder patriarcal, e hoje no paradigma da afetividade, em uma família pluralista.

A família moderna não se funda apenas na relação matrimonial,³ podendo ter origem em qualquer tipo de relação que envolva o afeto, sendo todos os seus membros merecedores de proteção. A família deixou de ser patriarcal passando a ser fundada em laços afetivos⁴, que inserem e vinculam o indivíduo à sociedade e dão a este uma identidade humana, razão pela qual todos passam a ser considerados pessoas passíveis de direitos e deveres⁵, privilegiando-se o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa, enfatizada em suas relações interpessoais.

O Código Civil de 1916 trazia a família focada no poder do pai em relação aos outros integrantes do grupo familiar. Desse modo, a autoridade máxima era única e exclusivamente dele. Segundo Dias (2009, p.28) “[...] a primeira lei de direito de família é conhecida como a lei-do-pai, [...]”.

Todos os integrantes da entidade familiar deviam respeito e subordinavam-se aos mandos de uma única pessoa⁶. Esse poder exercido sobre os membros da família era o chamado pátrio poder, ou seja, poder do pai que cuidava de seus membros dando-lhes o necessário à subsistência sem se preocupar com os métodos usados para atingir o objetivo⁷.

³ Merece destaque a posição adotada por Rodrigo da Cunha Pereira, ao reportar-se à Lacan e identificar a Família com base cultural, afirmando ser ela “uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente”. (PEREIRA, 2005, p.21 – *Apud* Rodrigo da Cunha Pereira in *Direito de Família: uma Abordagem Psicanalítica*, p.24)

Como se vê, o direito não abarca unicamente a família matrimonial, pois protege, [...] as uniões constituídas fora do casamento, à sua imagem e semelhança, bem como os vínculos de filiação estabelecidos pela adoção. (DINIZ, 2002, p.12)

⁴ *Caráter psicológico*, em razão de possuir a família um elemento espiritual unindo os componentes do grupo, que é o amor familiar. (DINIZ, 2008, p.13)

⁵ Assim explicita a melhor doutrina: “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Neste momento de equívocos e contradições que marcam flagrante desvio ético nas instituições públicas e privadas, a desagregação familiar lidera os incontáveis problemas que caracterizam a sociedade brasileira”. (FACHIN, 2003, p.XVII)

“O grau de desenvolvimento de uma nação está certamente relacionado com a capacidade de seus nacionais, autoridades ou comunidades, ou, ainda, indivíduos, de privilegiar a infância, garantindo, de forma prática, o acesso a uma família que lhe permita a subsistência e o exercício dos demais direitos e garantias individuais”. (PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coords.]. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2ª ed. 2ª tir. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 135)

⁶ A doutrina jurídica reconhece que o Direito Romano forneceu ao Direito Brasileiro elemento básico da estruturação da família, qual seja, sua concepção como unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe, tendo esta estrutura perdurado até os nossos tempos. (PEREIRA, 2005, p.276)

⁷ Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram a força de trabalho. O crescimento da família enseja melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2009, p.28)

O pátrio poder era o poder de mando, de autoritarismo. O pai era um ditador de regras⁸. Aos membros que integravam o grupo familiar restava apenas cumprir o que era ordenado⁹, pois não existia a preocupação de buscar novos horizontes culturais, morais ou éticos para a entidade denominada família, que normalmente nascia de relações matrimoniais¹⁰.

O Código Civil de 2002 trouxe uma reformulação da idéia de pátrio poder, que é substituída pela concepção de poder familiar¹¹, porém sem abandonar o sentido da palavra poder, determinando obrigações dos pais para com os filhos menores que estão em desenvolvimento. Contudo, conforme observa Maria Berenice Dias:

O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto, Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.(DIAS, 2009, p. 383)

Pelo exposto, percebe-se que o poder familiar, na verdade, não se trata exatamente de um poder sobre os filhos e sim de um dever de cuidado para com estes.

Segundo Pereira (2005, p.432) *“em princípio, a lei institui o poder familiar como sistema de proteção e defesa do filho-família. Por esse motivo, deve ele durar por todo o tempo da menoridade deste, ininterruptamente”*.

O poder familiar é um direito-dever de guarda que permite aos pais submeter seus filhos a um controle em função da idade e da cultura familiar sendo exercido no melhor interesse da destes para que possam

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e

⁸ No Direito Romano, os textos são testemunhos da severidade dos costumes, atribuindo ao *pater familias* a autoridade suprema do grupo, concedendo-lhe um direito de vida e de morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da Cidade puderam abrandar o rigor deste poder soberano. (PEREIRA, 2005, p.417)

⁹ O pai, como um *pater* romano, exercia autoridade plena sobre os filhos, que nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da filha, estava presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento. (PEREIRA, 2005, p.29)

¹⁰ A conceituação de grupo familiar no Brasil guarda uma tradição de conteúdo patriarcal, vinculada a laços de consangüinidade, ascendência e descendência. Por influência do catolicismo, é ligada quase sempre ao casamento, embora desde o período colonial outras formas de família se apresentem na estrutura social brasileira. (PEREIRA, 2008, p.273)

¹¹ O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2002, p.447)

proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado. (DINIZ, 2002, p. 447)

Na verdade, o poder familiar seria então sinônimo do termo autoridade parental já utilizado por alguns autores. Para Teixeira (2005, p. 109) a autoridade parental é:

Um diferenciador de conceitos ora esboçados [...] esta se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas escopo protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade. [...] o poder-dever de proteção e provimento das necessidades, sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, que envolve criação, orientação e acompanhamento.

Pelo que se vê, após a Constituição de 1988¹², tivemos consagrados valores e princípios que passaram a reger as famílias, em seus direitos e em seus deveres. Adiante abordar-se-á os princípios mais relevantes à presente pesquisa.

2.2) A perda do Poder Familiar

Tendo a família especial proteção do Estado, este deve atuar garantindo a dignidade de seus membros, preservando o melhor interesse da criança e promovendo a proteção integral desta.

Nestes termos, quando constatado algum sinal de negligência, imprudência, exageros dos pais em relação aos filhos, necessária se faz, a tomada de providências para a solução do problema, o que, em grande parte dos casos, acarreta a perda ou a suspensão do poder familiar.¹³

Aos pais cabe o dever de vigilância e proteção aos filhos menores conforme disposto no artigo 1634 e incisos¹⁴, do Código Civil de 2002. Os filhos têm prioridade

¹² Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. (LÔBO, 2008, p.34)

¹³ Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. É prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais. (DIAS, 2009, p.392)

¹⁴ Código Civil de 2002, Artigo 1634 – 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 e negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhe 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 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

no que tange a preservação de sua integridade física e psíquica, mesmo que para isso o Poder Público tenha que retirá-los do convívio com os pais.

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir (DIAS, 2009, p.392)

Dias (2009, p. 393) alude ao fato de que:

Ainda que decline a lei causas de suspensão e de extinção do poder familiar, são elas apresentadas de forma genérica, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.

As hipóteses de suspensão do poder familiar encontram-se arroladas no artigo 1637, § único¹⁵ e 1638 e incisos¹⁶, 1588¹⁷, todos do Código Civil de 2002 e também no artigo 24¹⁸ da lei 8069/ 90 que se refere ao descumprimento injustificado das obrigações aludidas no artigo 22¹⁹ deste mesmo diploma legal.

O rol de hipóteses expressas para a suspensão e extinção do poder familiar não é taxativo, podendo ser decretado em qualquer tempo, através de denúncias acerca do inadimplemento das obrigações, desde que este inadimplemento leve a iminência de risco à integridade da criança ou do adolescente.

Portanto, no caso de o juiz, ao analisar o caso concreto, vir a perceber que o motivo alegado para a aplicação da medida de perda ou suspensão do poder familiar não corresponde a nenhum dos parâmetros definidos pela lei, poderá então,

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprio de sua idade e condição.

¹⁵ Artigo 1637, CC/2002 – 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 medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. § único – Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

¹⁶ Artigo 1638, CC/2002 – Perderá por ato judicial o pai ou a mãe que: I – Castigar imoderadamente o filho; II – Deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrário à moral e aos bons costumes; IV – Incidir reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁷ Artigo 1588, CC/2002 - O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

¹⁸ Lei 8.069/90, artigo 24 – A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22 desta lei.

¹⁹ Lei 8.069/90, artigo 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.

decidir pela não aplicação desta medida e também, determinar que o filho continue na companhia dos pais ou tomar medida que represente menos infortúnio para entidade familiar em sua íntegra²⁰.

2.3) A atuação do Ministério Público na defesa dos incapazes

Pode-se dizer que a proteção aos incapazes é uma das mais antigas atribuições do Ministério Público, que pode atuar como agente ou como interveniente de acordo com o caso que, em se tratando de incapacidade está direcionado a pessoas determinadas. Mazzilli (1996, p.216), busca explicitar claramente que:

[...] desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

No que tange o interesse dos incapazes, o Ministério Público deve intervir pela qualidade da parte, para eventual suplementação da defesa do incapaz.

No caso de conflito de interesses de dois incapazes, podem se oficiar dois membros ministeriais conforme o caso. Mazzilli (2002, p.158) afirma que:

Nas hipóteses de intervenção ministerial pela qualidade da parte necessário será, para acautelar o equilíbrio do contraditório, que a atuação se dê teleologicamente vinculada, pois o interesse que ao Ministério Público cabe defender está diretamente vinculado a uma pessoa determinada.

Daí a importância do Ministério Público na sociedade, pois este atua na defesa dos interesses sociais individuais indisponíveis conforme dispõe Ada Pellegrini (2006, p. 226):

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Define-o a Constituição Federal como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica,

²⁰ Superadas as causas que provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda prole, como pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. (DIAS, 2009, p. 393)

do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 / CF).²¹

Na defesa dos incapazes, o Ministério Público tem uma ação interventiva evidenciada pela qualidade das partes onde há interesses indisponíveis, decorrentes das condições pessoais de seu titular.

Segundo Mazzilli (2002, p. 240), o Ministério Público “[...] *em qualquer ação, oficiará se houver interesse de incapaz*”. Sendo protetiva, essa atuação pela qualidade da parte não o impede de opinar livremente desde que cumpra sua função de proteção aos incapazes, o que lhe é legitimado e conferido por lei, destinando precipuamente sua função a suprir eventuais deficiências na defesa da parte protegida.

Não obstante, Mazzilli (2001, p.95), nos mostra que as pessoas que necessitam da proteção do Ministério Público são, “[...] *populares em geral, [...] menores ou incapazes, ora pessoas doentes ou portadoras de deficiência [...]...Até loucos*”, e que as hipóteses mais freqüentes de procura ao membro do Ministério Público são os conflitos relacionados à família, dentre as quais nos interessa neste estudo, a destituição ou suspensão do poder familiar e as medidas de proteção a crianças e adolescentes em situações suspeitas.

O Ministério Público atua também na área da infância e da juventude dando proteção integral à criança e ao adolescente, o que coloca os pais com incapacidade transitória nas mesmas condições dos filhos incapazes e, portanto merecedores de igual proteção e zelo pela indisponibilidade de seus direitos.

A incapacidade dos pais poderá ser uma incapacidade transitória por se tratar de aspectos que podem ser mudados quando submetidos a uma assistência adequada e por poderem exercer alguns atos da vida civil conforme disposto no artigo 4º *caput*, CC/02.²²

Nesse caso, a incapacidade que for considerada transitória dependerá de averiguação da situação concreta. Nas ações de destituição do poder familiar o psiquiatra perito deverá esclarecer sobre a existência de um problema mental de

²¹ Artigo 127 da CF/88 – o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (EC nº. 19/98 e EC nº. 45/2004).

²² Artigo 4º, CC/02 – São incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

base ou determinar o perfil de personalidade da pessoa submetida à perícia, identificando se existe relação de prejuízo com o bem estar do menor.

A destituição do poder familiar é colocada como sanção imposta à falta grave dos deveres dos pais para com os filhos menores, o que nem sempre é cabível nos casos de mera incapacidade. Leva-se em consideração para a constituição da destituição do poder familiar a segurança que deve ser oferecida à criança, bem como o direito de seu desenvolvimento físico, intelectual e moral.

Como preceitua Venosa (2005, p. 169):

O Exame da incapacidade transitória depende da averiguação da situação concreta. Nem sempre será fácil sua avaliação e nem sempre a perícia médica será conclusiva, mormente quando do ato já decorreu muito tempo e quando o agente não possa ser examinado diretamente.

A incapacidade dos pais uma vez definida como transitória, muitas vezes não tem sido relevada, deixando os pais em situação desfavorável à de seus filhos, visto que legalmente o interesse da criança deve ser preservado conforme disposto no artigo 4º do ECA²³, o que ocorre em detrimento ao interesse dos pais.

Nos casos em que a incapacidade é permanente, um estudo deve averiguar a possibilidade de exercício do poder familiar por aquele pai, o auxílio que lhe é prestado (por parentes ou amigos, por exemplo) e a situação em que o filho se encontra. O que se percebe é que esses aspectos nem sempre são observados, levando a separação de famílias de forma indevida.

Em sendo os pais incapazes, o Ministério Público deve primar também pelo interesse destes para que possam criar seus filhos dentro da família, garantindo a efetivação do artigo 19 do ECA²⁴, proporcionando aos menores uma educação equilibrada com carinho e afeto.

No que tange o melhor interesse da criança, na falta dos pais ou responsáveis, e quando estes não puderem garantir os cuidados e a proteção necessários às crianças, cabe ao Estado assegurar que algum grupo social na pessoa de uma entidade ou instituição o faça.

²³ Artigo 4º, ECA – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁴ Artigo 19, ECA – Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O artigo 203, I ²⁵ da Constituição Federal prevê a prestação da assistência social a todos que dela necessitarem incluindo a proteção à família. A Constituição Federal determina em sua redação que:

[...] artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, artigo 226, §8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, [...] e em seu artigo 227 §1º onde [...] o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais [...] §3º VII programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

2.4) Ministério Público e a Destituição do Poder Familiar.

Conforme disposto no artigo 155 da lei 8.069/90 ²⁶, o Ministério Público e quem tiver interesse poderá instaurar a ação de destituição do poder familiar podendo ser proposta inclusive por um dos genitores frente ao outro. Dispõe também a lei 8.069/90 em seu artigo 201, III²⁷, que sendo o Ministério Público parte legítima para propor a ação de destituição do poder familiar, esta poderá ser dirigida contra ambos ou contra um dos pais.²⁸

Por ser o poder familiar um dever a ser exercido no interesse dos filhos,²⁹ o Ministério Público pode adentrar na privacidade da família para ter garantias do cumprimento deste dever, podendo até mesmo afastar os filhos do convívio com seus pais, o que pode trazer transtornos emocionais e psíquicos para a criança.

Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. [...] nem que para isso tenha o Poder Público tenha de afastá-los do convívio de seus pais. (DIAS, 2009, p. 392)

²⁵ Artigo 203, I CF/88 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

²⁶ Vide nota 26.

²⁷ Artigo 201 - Lei 8.069/90 – ECA. Compete ao Ministério Público: III – promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e de destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiões, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

²⁸ Artigo 24 - Lei 8.069/90 – ECA. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22.

²⁹ Artigo 22 - Lei 8.069/90 – ECA. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Conforme já mencionado, podemos perceber que a perda do poder familiar denota requisitos fundados em negligência, violência, maus tratos para com os filhos³⁰ acarretando a sua destituição através da intervenção do Estado na figura do Ministério Público.³¹ Segundo Dias (2009, p.392) “*Em face das seqüelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho.*”

A perda ou destituição do poder familiar é colocada como uma sanção aos pais pelo descumprimento de seus deveres. Dias (2009, p.394) aborda em sua obra que “*A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa.*”

Nos casos de incapacidade civil dos pais, para atender ao melhor interesse do menor, não devemos nos pautar na ação de destituição do poder familiar e sim em um tratamento igualitário para a família, buscando a preservação desta.

De qualquer forma, como o princípio da proteção integral dos interesses da criança deve ser, por imperativo constitucional, o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor. (DIAS, 2009, p.395)

2.5) O Conselho Tutelar como órgão auxiliar da função do Ministério Público

Para zelar dos direitos da criança e do adolescente, temos o Conselho Tutelar, que é órgão permanente, autônomo e não jurisdicional.

O ECA³² resguarda às crianças e aos adolescentes, em seu artigo 3º³³, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana³⁴.

³⁰ Artigo 1638 – Código Civil / 02. 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;

³¹ Artigo 98 - Lei 8.069/90 – ECA. 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.

³² Estatuto da Criança e do Adolescente.

³³ Artigo 3º da lei 8069/90 – 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-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 dignidade.

³⁴ Arantes 2006 - Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente, (p.19)

As medidas de proteção aos incapazes, no que diz respeito à criança e ao adolescente, são descritas como providências que visam resguardar os direitos que tenham sido violados.

Essas medidas protetivas podem ser aplicadas, bem como substituídas a qualquer tempo, desde que vinculadas aos interesses dos incapazes em questão.

Tais medidas de proteção devem ser aplicadas especialmente com relevância ao fortalecimento dos laços familiares, posto que a convivência familiar e comunitária está garantida no texto constitucional, em seu artigo 227, *caput*³⁵.

A criança e o adolescente têm sua identidade pessoal formada a partir do grupo familiar e social ao qual se acha inserido não só pelo grau de parentesco, mas por laços de afeto para assim terem uma existência digna garantida pelo Estado. Ada Pellegrini (2006, p 226 - 227) aduz que:

É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias como idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) [...]

O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar o procedimento de destituição do poder familiar como medida de proteção aos menores incapazes, o que vem ocorrendo, muitas vezes em desconformidade com o texto constitucional e princípios fulcrais do Direito de Família.

Na obra Direito da Criança e do Adolescente, Pereira (2008, p.22) discorre sobre a atitude a ser tomada em relação à criança:

Qualquer atitude a ser tomada em relação à criança tem que ser de modo a garantir, o melhor possível, donde se estabeleceu que a mesma só seria separada de seus pais quando se constatasse abuso, negligência ou qualquer outra atitude da espécie: ou quando ocorresse separação de seus pais.

³⁵ Artigo 227, CF/88 - Caput. 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.

Além do Ministério Público, temos o Conselho Tutelar que atua junto a este participando ativamente na comunidade com intuito de garantir a proteção integral à criança e ao adolescente que abrange a convivência familiar fundada nos laços de afetos que a criança e o adolescente conhecem.

O ECA, em seu artigo 131³⁶ dispõe que o Conselho Tutelar é um órgão não jurisdicional escolhido pela sociedade para zelar pelo cumprimento da lei no que tange o interesse das crianças e dos adolescentes.

Todo município deverá ter pelo menos um Conselho Tutelar que será escolhido pela comunidade local³⁷ sendo imprescindível os requisitos legais para a escolha de seus membros³⁸ que deverão atuar durante três anos sendo permitida uma recondução³⁹.

O processo de escolha para a formação do Conselho Tutelar é atribuído ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (que é um órgão criado por determinação do ECA, devendo obrigatoriamente, fazer parte do Poder Executivo Municipal, sendo formado por membros do Governo Municipal indicados pelo prefeito e membros da sociedade civil escolhidos e indicados por suas organizações representativas).

É sugerido que o mandato dos membros do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente coincida com o do prefeito em exercício (4 anos) ou, no mínimo um mandato de dois anos, admitindo apenas uma recondução não devendo ultrapassar o mandato do respectivo prefeito que os escolheu.

O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente atua em conjunto com o Conselho Tutelar, sem haver subordinação entre eles, mesmo sendo independentes e autônomos, pois estes atuam na área de proteção aos direitos da criança e do adolescente, não deixando que a prefeitura Municipal decida sozinha

³⁶ Artigo 131 – Lei 8.069/90 - ECA. 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 Artigo 139 – Lei 8.069/90 - ECA. O processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público. (Redação dada pela lei nº. 8.242, de 12.10.1991)

³⁸ Artigo 133 – Lei 8.069/90 - ECA. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos: I – reconhecida idoneidade moral; II – idade superior a vinte um anos; III – residir no município.

³⁹ Artigo 132 – Lei 8.069/90 - ECA. Em cada município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução. (redação dada pela lei nº. 8.242, de 12.10.1991)

acerca das prioridades de atenção e investimentos relativos à criança e ao adolescente.

É vedada qualquer ingerência da Administração Municipal, ou de qualquer outro órgão ou Poder, na administração e deliberações do Conselho Tutelar, cujo funcionamento, horário, plantões, etc., assim como os critérios de eleição e escolha dos conselheiros deve ser objeto de Lei Municipal prévia. (ARANTES, 2006, p.183)

O ECA determina em sua redação que o município será o responsável pela previsão de recursos para o funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive no que diz respeito à remuneração dos membros do conselho⁴⁰.

A falta de dotação orçamentária própria e a aplicação efetiva do orçamento importarão em responsabilidade das autoridades municipais, na forma da lei, podendo qualquer do povo e devendo o Ministério Público e a Autoridade Judiciária fazê-la valer. (ARANTES, 2006, p.183)

A falta dos Conselhos Tutelares ou dos conselhos Municipais dos Direitos da Criança e dos Adolescentes impede que o município receba verbas estaduais e municipais de programas destinados a efetivar direitos da criança e do adolescente. (ARANTES, 2006, p.183)

O conselheiro tutelar precisa ter um relacionamento bom e amplo com toda a sociedade, incluindo a convivência comunitária e habilidades na organização do trabalho social para, através do diálogo, do acesso às informações, obter êxito em sua busca da solução adequada para o direito violado ou com iminente violação.

O órgão foi instituído para exercer na sociedade, de forma capilar, a defesa e execução dos direitos da criança e do adolescente e por isto deve ser descentralizado e conectado com a rede de atendimento à infância e à juventude. (ARANTES, 2006, p.181)

A um conselheiro tutelar é imprescindível saber ouvir e compreender os casos que chegam às suas mãos na forma de denúncia; através da visita de membros da família ao conselho; ou mesmo através da ação preventiva dos Conselheiros, que vão até à residência de famílias que são suscetíveis de terem seus direitos violados para então garantir um resultado positivo de ação sem prejudicar a família.

O Conselho Tutelar tem o Poder Dever de fiscalizar as ações ou omissões públicas ou privadas que envolvam direitos das crianças e dos adolescentes, devendo representar ao Juiz da infância e da juventude os casos de violações administrativas ou legais, podendo, para tanto,

⁴⁰ Artigo 134 – Lei 8.069/90 - ECA. Lei municipal disporá sobre local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto a eventual remuneração de seus membros. § único constará da Lei orçamentária municipal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do conselho tutelar.

representar ao Juiz, como exemplo, nos casos de fornecimento de álcool, thinner, cola, a crianças e adolescentes ou sua permanência em locais proibidos e sem alvarás, etc. (ARANTES, 2006, p. 181)

A Lei 8.069/90 em seu artigo 136, inciso I, dispõe que “*são atribuições do Conselho Tutelar, atender as crianças e adolescentes nas hipóteses dos artigos 98⁴¹ e 105⁴², aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a VII;⁴³*” cuja interpretação fundamenta-se no fato do Conselho Tutelar ser além do órgão incumbido pela sociedade de zelar pelos interesses da criança, ter atribuição de atendê-lo, aplicar adequadas medidas de proteção, atender aos pais e responsáveis, encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração contra os direitos da criança ou adolescente e de representar o referido Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar nos casos que tenham previsão legal.

Dias (2009, p.395) confirma em sua obra “*Manual de Direito das Famílias*” “[...] *que uma das atribuições do Conselho Tutelar é representar ao Ministério Público para o efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar (ECA 136 XI)*”⁴⁴. Porém, essa atribuição não lhe permite propor a referida ação como constatado na obra anteriormente mencionada.

[...] tal prerrogativa não confere legitimidade ao Conselho Tutelar para propor a ação. É assegurado o direito de agir a quem tenha legítimo interesse (ECA 155)⁴⁵. Assim, é de se reconhecer a legitimidade de qualquer parente para propor a ação. (DIAS, 2009, p.395)

A incapacidade civil dos pais bem como a incapacidade financeira dos mesmos, por si só não enseja a destituição do poder familiar.⁴⁶ O Conselho Tutelar como órgão de atuação ao lado da família deve zelar pela preservação desta,

⁴¹ Artigo 98 – Lei 8.069/90 – ECA. 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.

⁴² Artigo 105 -Lei 8.069/90 – ECA. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101.

⁴³ Artigo 101- Lei 8.069/90 – ECA. Verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apóio 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 a toxicômanos; VII – abrigo em entidade; VIII – colocação em família substituta.

⁴⁴ Artigo 136, - Lei 8.069/90 – ECA. São atribuições do Conselho Tutelar: XI – representar o Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

⁴⁵ Artigo 155 - Lei 8.069/90 – ECA. O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

⁴⁶ Artigo 23 - Lei 8.069/90 – ECA. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

constatando o nível de incapacidade que acomete os pais quando suscitar a necessidade de destituição do poder familiar.

A proteção normalmente pressupõe uma desigualdade, hipótese em que uns são hipossuficientes em relação aos outros, o que não ocorre no caso de destituição do poder familiar por incapacidade civil dos pais, visto que estes se encontram em igual necessidade de proteção quanto a seus filhos também incapazes.

A proteção aqui apresentada deve ser direcionada aos pais e aos filhos, sem priorizar as necessidades de um deixando de zelar pelos interesses dos outros, visto que a família é de suma relevância na formação e desenvolvimento da criança.

Aos pais, como a todo cidadão deve ser permitido o contraditório e a ampla defesa, que são garantias fundamentais previstas no artigo 5º, LV, CF.⁴⁷

2.6) Limites legais e principiológicos da atuação do Ministério Público nas ações de destituição do poder familiar nos casos de incapacidade civil dos pais

2.6.1) A nova principiologia do Direito de Família.

A nova família está passando por intensas modificações provocadas pela mudança do pátrio poder para poder familiar, também chamado de autoridade parental, agora dividido com o pai em igualdade de condições com a mãe ou com quem se tenha um vínculo afetivo⁴⁸.

Segundo Fachin (2003, p.258), *“conectada à idéia de autoridade parental, a compreensão dos deveres dos pais remete à guarda.”*

O interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em estado de desenvolvimento que abrange o direito dos pais de decidirem acerca de questões referentes à educação e formação dos filhos e também dever, na medida em que aos pais incumbe observar e atender as necessidades dos filhos.⁴⁹

⁴⁷ Artigo 5º, LV, CF – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴⁸ Artigo 21 - Lei 8.069/90 – ECA. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

⁴⁹ O direito dever de guarda inclui o de fiscalização, que permite aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele. Esse direito permite submeter a criança à vigilância sobre a organização de seu

O que realmente ocorre é uma mudança nos conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família, mudança esta que atende às exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora, revelando a necessidade de um questionamento [...]

[...] a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; [...] (DINIZ, 2002, p.23)

Tais mudanças vêm embasadas em princípios, que trazem um novo paradigma familiar preservando o elo entre pais e filhos, dando direitos a estes enquanto menores, e deveres a aqueles enquanto detentores do poder familiar sem, no entanto desestruturar a entidade familiar⁵⁰. Portanto, tais princípios devem balizar a aplicação do direito, sobretudo o Direito de Família.

Os princípios são os parâmetros que servem de base para a interpretação das normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos pelos aplicadores da lei. São as vigas mestras do mundo jurídico.

Podemos verificar tal fato no momento em que Lôbo, (2008, p. 55) discorre que *"o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado."*

Os princípios, por terem um âmbito de abrangência maior, orientam a interpretação das normas constitucionais quando estas entram em conflito. De acordo com Lôbo (2008, p. 54) *"O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral"*.

Se uma norma possuir uma pluralidade de sentidos, prevalecerá aquela que esteja de acordo com os princípios constitucionais⁵¹.

O direito de família moderno é regido por princípios que visam a preservação da entidade familiar (muitos deles aplicáveis ao caso em estudo). Dentre eles, podemos destacar:

cotidiano e em controlar seus deslocamentos, suas relações com membros da família e com terceiros.[...] ele deve ser exercido no interesse da criança, em função de sua idade e da cultura familiar. (LÔBO, 2008, p. 277)

⁵⁰ Tais alterações foram acolhidas, de modo a atender à preservação da coesão familiar e dos valores culturais, acompanhando a evolução dos costumes, dando-se à família moderna um tratamento legal mais consentâneo à realidade social, atendendo às necessidades da prole e de diálogo entre cônjuges ou companheiros. (DINIZ, 2008, p.17)

⁵¹ Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre os outros, devendo eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto. (LÔBO, 2008, P. 54)

a) O princípio da “*Ratio*”⁵² do matrimônio e da união estável, consiste na vida conjugal baseada no afeto entre os conviventes e a necessidade de uma completa e duradoura comunhão de vida.

b) O princípio da igualdade jurídica, que se aplica aos cônjuges e aos companheiros, segundo o qual as decisões acerca da sociedade conjugal devem ser tomados em comum acordo entre os cônjuges dando a estes os mesmos direitos e deveres⁵³. Tal princípio abrange também os filhos, não permitindo nenhuma forma de discriminação entre os adotados e os havidos dentro ou fora do casamento.

c) Temos também o princípio da liberdade, que se reflete, por exemplo, no livre arbítrio do casal em constituir ou não uma família por meio da união estável ou do casamento sem nenhuma interferência no planejamento familiar. Nesse sentido:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; [...] ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos ; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; [...] (LÔBO, 2008,. P. 46)

A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos fundamentais, [...] O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. [...] só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. (DIAS, 2009, p 63)

d) Os diversos tipos de famílias estão amparados pelo princípio do pluralismo familiar que abrange a família matrimonial⁵⁴, a família monoparental⁵⁵, a família homoafetiva⁵⁶, a família socioafetiva⁵⁷ e a união estável⁵⁸, dentre outras. Segundo Lôbo (2008, p.36) o princípio do pluralismo de entidades familiares fundamenta-se em dois outros princípios aplicáveis ao direito de família “*o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constituí-las*”.

⁵² Razão. (do latim)

⁵³ Artigo 226, § 5º, CF/88 – os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁵⁴ Família constituída através do casamento.

⁵⁵ Família composta por um dos genitores e a prole.

⁵⁶ Família constituída por pessoas do mesmo sexo e a prole.

⁵⁷ Família constituída basicamente por laços afetivos.

⁵⁸ Hoje, se evidencia no mundo jurídico a diversidade de composições familiares, reconhecendo nessas uniões um modelo plural de família a ser protegido pelo Direito, como também o presente eleva o direito de viver juntos à condição de direitos fundamentais, orientados pelo princípio da dignidade humana. (FACHIN, Rosana, *Em busca da família do novo milênio in* PEREIRA, 2002, P. 59 - *Família e Cidadania*)

e) A dignidade da pessoa humana é um princípio inerente a todos os ramos da sociedade e está intrínseco na entidade familiar no que tange o desenvolvimento dos seus membros principalmente crianças e adolescentes.

f) O princípio da solidariedade familiar origina-se nos vínculos afetivos compreendendo fraternidade e reciprocidade, na coexistência para a existência do grupo familiar.

g) A proteção integral é um princípio que busca a proteção principalmente à criança e ao adolescente por estarem em condições peculiares de desenvolvimento, o que nos leva ao princípio da afetividade que é imprescindível a essa proteção.

h) A afetividade, como o próprio nome já diz, é um princípio que assegura o afeto trazendo igualdade aos membros da família, sejam eles naturais ou não.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, [...] (DINIZ, 2009, p.70)

Entendidos os princípios, passemos a estudar a sua interligação ao tema de estudo.

2.6.2) Estudo de Casos

Diante de tudo o que foi exposto, para uma melhor visualização dos casos em que o Ministério Público destituiu o poder familiar pela incapacidade civil dos pais, cabe citar algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca das hipóteses em que nos deparamos com o desamparo dos pais e o acolhimento apenas da criança e ou do adolescente.

Em todas as decisões abaixo, constatar-se-á nitidamente o desrespeito aos princípios constitucionais e aos direitos indisponíveis da família e não só da criança e do adolescente, tais como, a igualdade, a proteção integral (que abrange não só a criança, mas também seus pais em condições de incapacidade), a dignidade da pessoa humana na figura de pais e filhos, dentre outros.

ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Cabível a destituição do poder familiar quando **a mãe não apresenta condições de prestar os cuidados que a filha necessita, por sofrer surtos psicóticos e possuir histórico de vida vinculado ao sofrimento e ao abandono.** O interesse a ser preservado é o da criança, que necessita de proteção, carinho e de um

ambiente que lhe possibilite crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007442882, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 03/12/2003) (grifo nosso)

Neste caso, o interesse a ser preservado na esfera social não deveria ser apenas o da criança visto que a mãe necessita de igual proteção do Estado por se encontrar em condições de incapacidade. Resguardar e preservar o melhor interesse da criança seria dar a assistência necessária à sua mãe para que possa preservar o vínculo afetivo já existente.

EMENTA: ECA. DESTITUIÇÃO DE PATRIO PODER⁵⁹. AINDA QUE A NEGLIGÊNCIA E A IRRESPONSABILIDADE DOS GENITORES POSSAM SER, EM PARTE, CREDITADA **A SITUAÇÃO DE POBREZA EM QUE ESTÃO INSERIDOS, DESCABE MANTER A CRIANÇA SUBMETIDA AOS EFEITOS NEFASTOS DE TAL CONDUTA, MORMENTE QUANDO NÃO HA QUALQUER INDICATIVO DE QUE POSSA VIR A MELHORAR**, SOB PENA DE SOFRER GRAVES PREJUÍZOS EM SEU DESENVOLVIMENTO. APELO DESPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004192753, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 12/06/02) (grifo nosso)

Apesar do caso em análise não se referir diretamente à incapacidade jurídica, mas apenas econômica, é de grande relevância o seu estudo. Nesta decisão, que contempla o entendimento aplicado a várias questões de incapacidade, percebe-se que não seria cabível a destituição do poder familiar e sim a inserção da família em programas de assistência e amparo às famílias que se encontram em situação de pobreza, caso fosse realizado um estudo principiológico da questão. Conclui-se, portanto, pela falta de efetividade da atuação do Ministério Público na hipótese.

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DESTITUIÇÃO DO PATRIO PODER. NULIDADE. 1. NÃO HAVENDO DUVIDA ACERCA DA FILIAÇÃO E DO ABANDONO DAS CRIANÇAS E DA ADOLESCENTE PELA GENITORA, A FALTA DAS CERTIDÕES DE NASCIMENTO NÃO NULIFICA O PROCESSO. 2. TENDO A GENITORA SIDO CITADA PESSOALMENTE E DEIXADO DE OFERECER CONTESTAÇÃO, FAZENDO-SE REVEL, DESCABIDA A NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL, POIS **INDEMONSTRADA SUA INCAPACIDADE CIVIL, HAVENDO APENAS MERA NOTÍCIA DE QUE ENFRENTARIA PROBLEMAS DE ORDEM MENTAL**. 3. SENDO CERTO O ABANDONO DAS FILHAS, EXPONDO-AS A SITUAÇÕES DE RISCO, **IMPERIOSA A DESTITUIÇÃO DO PATRIO PODER, SENDO IRRELEVANTE SE ESSE ABANDONO DECORREU DE INCAPACIDADE MENTAL OU SE FOI DOLOSO, SENDO CERTA A INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO PATRIO PODER**. 4. INOCORRE NULIDADE QUANDO O JULGADOR INDEFERE DILIGÊNCIAS INÚTEIS OU DESNECESSÁRIAS.

⁵⁹ Em virtude das mudanças ocorridas na legislação civil à partir de 2002, onde houver a nomenclatura Pátrio Poder, leia-se Poder Familiar ou mesmo Autoridade Parental .

INTELEGÊNCIA DO ART. 132 DO CPC. EMBARGOS DESACOLHIDOS. (5 FLS). SEGREDO DE JUSTIÇA. (EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70003895547, QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 13/09/02. (grifo nosso)

A verificação e análise do caso concreto são imprescindíveis para tomada de medidas protetivas com especial relevância na preservação do melhor interesse da criança, que nos casos de incapacidade dos pais, consiste na assistência destes e na permanência daqueles no grupo familiar que lhes serve de parâmetro para seu crescimento e formação pessoal⁶⁰. No caso em análise, apesar de ser levada a juízo a notícia sobre a incapacidade, esta não foi considerada, em latente desrespeito às normas aplicáveis à espécie.

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. **Impõe-se a destituição do poder familiar, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, quando os pais, que sofrem problemas mentais, não prestam ao filho os cuidados mínimos de que necessita para crescer de forma saudável e feliz.** Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008091886, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 31/03/2004)

Definir o que seja o melhor interesse da criança e os limites legais de atuação do Ministério Público poderia ser, assistir a seus pais, dando a estes condições de permanecerem com seus filhos e criá-los em consonância a seus princípios familiares.

Limitar a atuação do Ministério Público nestes casos, não se resume na aplicação da lei focada em uma interpretação literal e sim em uma análise bastante ampla do caso concreto visando a preservação do melhor interesse de todos⁶¹.

Pelos casos expostos, percebe-se a necessidade de se garantir maior efetividade à atuação do Ministério Público (e dos Conselhos Tutelares), no que concerne à preservação dos direitos indisponíveis dos membros da entidade familiar, sem desvirtuar os deveres de sua função protetiva que deriva da condição de hipossuficiência de pais e filhos incapazes.

⁶⁰ Artigo 23, § único - Lei 8.069/90 – ECA. Não existindo outro motivo que por si só não autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantida em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

⁶¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura da Dissertação de Mestrado de Carmem Silvia Righetti acerca do tema “*O Poder Judiciário e as Demandas Sociais*”, em que se vê nitidamente a desarmonização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente em face aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da proteção integral, da liberdade e da igualdade, dentre outros.

Após vinte anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças e os adolescentes continuam sendo as maiores vítimas de um sistema jurídico que não prioriza a permanência destes em seus lares no momento em que o Ministério Público decide pela destituição do poder familiar, sem dar aos pais a assistência necessária e a oportunidade de permanecer na companhia de seus filhos sob a justificativa de ver-se limitado pelo texto legal.

Righetti (2005) identifica nos casos inseridos em sua Dissertação de Mestrado acerca do *“Poder Judiciário e as Demandas Sociais”*, em muito semelhantes aos acima estudados, que através de uma série de procedimentos legais o Ministério Público desvincula a verdadeira natureza dos direitos fundamentais e coloca em risco a formação dessas crianças, na medida em que elas crescem fora do ambiente familiar e que não têm acesso aos serviços sociais públicos básicos.

Ainda segundo Righetti (2005, p.7), as famílias destas crianças e muitas outras que se encontram nas mesmas condições de carência da proteção do Ministério Público, mas que se vêm no anonimato pela ignorância ante à seus direitos, *“[...] são facilmente despojadas dos direitos de criar seus filhos em condições dignas e não obtêm do Estado o suporte para superar limites como o alcoolismo, a falta de condições materiais de subsistência, entre outros problemas”*.

O Ministério Público, sendo responsável por garantir que os direitos de todos os membros do grupo familiar se realizem, pouco ou nada faz em prol da capacitação dos agentes dos serviços sociais públicos, como escolas, serviços de saúde e assistência social, dentre outros, visto que na maioria dos casos são tomadas decisões contrárias às verdadeiras necessidades destes, gerando um desrespeito à convivência familiar e à dignidade de seus membros.

Resta ainda salientar uma maior reflexão sobre as interpretações da realidade feitas pelo Ministério Público que, em geral, culpabiliza as famílias pelos problemas gerados em seu núcleo esquecendo-se do fato de que estas mesmas famílias são palco da proteção especial do Estado.

Ao Estado é designado o dever de garantir a proteção integral, a dignidade, a igualdade, a liberdade, vinculando-se aos princípios que norteiam as entidades familiares preservando o vínculo afetivo que se apresenta de suma relevância no atual Estado Democrático de Direito.

Em todos os casos expostos e pesquisados, vê-se a falta de atuação do Ministério Público no que tange a assistência aos pais, já que limitam sua ação ao texto legal.

Em uma grande maioria de casos, poder-se-á verificar a ausência de medidas de proteção em relação aos pais incapazes, sendo necessária uma interpretação diferenciada acerca do assunto, visto que a Constituição Federal garante a todos o direito à proteção, a liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Na tentativa de priorizar o incapaz menor de idade, o Ministério Público desampara os pais também nas mesmas condições de incapazes e em contrapartida desrespeita os direitos indisponíveis das mesmas crianças que de maneira equivocada estão sendo priorizadas.

Perceber-se-á que em nenhum dos casos estudados foram verificadas atitudes de violência, negligência ou abandono dos pais, entretanto verificamos a ausência de medidas protetivas em relação ao grupo familiar o que na verdade desrespeita o disposto no artigo 226, *caput*, CF/88.

Limitar-se legalmente não significa atuar com supedâneo apenas na legislação pertinente. Significa colocar em prática a função de proteção integral averiguando as situações concretas e as necessidades de pais e filhos sem desvinculá-los de seus laços afetivos.

O Ministério Público, ao adentrar no seio de uma entidade familiar e desestruturá-la com a destituição do poder familiar sem dar preliminarmente a assistência necessária à preservação deste é desestruturar todo futuro de uma sociedade que poderia ser mais igualitária sem necessariamente respaldar-se nas desigualdades.

Verificar-se-á que da mesma forma que o rol de fatores que ensejam à destituição do poder familiar não é limitado ao texto legal, também as medidas de proteção à família devem seguir os mesmos caminhos através da atuação do Ministério Público com respaldo em sua função de proteção a aqueles que fazem parte da porção carente da sociedade.

Igualar-se pelas desigualdades seria limitar-se a garantir os direitos fundamentais a pais e filhos incapazes, dando igual proteção a estes e aqueles se atendo ao texto legal apenas nos casos de violência, opressão, abandono injustificado, castigos imoderados, agressões, maus tratos, dentre outros fatores que realmente ensejam a destituição do poder familiar.

3) CONCLUSÕES

Ao final deste trabalho, podemos constatar que há uma ausência de equilíbrio na função de proteção exercida pelo Ministério Público, o que a transforma em uma forma de desrespeito aos princípios constitucionais e de descumprimento dos direitos inegavelmente indisponíveis, pois gera uma desigualdade entre pais e filhos incapazes e merecedores de igual tratamento pelo Estado.

No que concerne à proteção aos pais e filhos incapazes far-se-á necessária uma atuação em conjunto do Ministério Público com os vários órgãos de assistência social tais como, o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal de Direitos da Criança, instituições, fundações, Organizações Não Governamentais, associações, dentre outras, optando sempre em último caso pela destituição do poder familiar.

Cabe salientar que as atividades desenvolvidas por estes órgãos de assistência devem englobar atividades que reúnam pais e filhos através de atividades em oficinas que viabilizam a geração de renda, e principalmente o fortalecimento do grupo familiar mediante palestras socioeducativas, atividades terapêuticas, lúdicas e de recreação que preservem os vínculos afetivos dos membros do grupo familiar.

Foi constatado ao longo do estudo em tese que a inserção da criança em uma família substituta, mesmo que provisoriamente, não lhe resguarda o melhor interesse ou mesmo a proteção integral. Este fato pode acarretar sérios problemas de ordem psicológica que afetarão sensivelmente o desenvolvimento da criança, que se vê inserida em um ambiente desconhecido e sem a formação de vínculo algum.

O Ministério Público deverá, na tentativa de alcançar um limite de igualdade entre pais e filhos incapazes, promover programas de capacitação dos Conselheiros Tutelares, em virtude destes terem maior contato com as famílias que necessitam da atuação do Estado na garantia dos direitos fundamentais.

Ao atuar em casos que envolvem a incapacidade de pais e filhos, o Ministério Público deve-se ater a realidade de cada grupo familiar, objetivando sempre a preservação da entidade já constituída.

Privar pais incapazes da criação de seus filhos através da destituição do poder familiar é ao mesmo tempo privar os filhos da convivência afetiva com estes.

Ao Ministério Público caberia a implementação de parcerias com a sociedade na implantação de programas ou na fomentação dos já existentes no sentido de trabalhar o grupo familiar optando apenas em último caso para destituição do poder familiar, ademais, preservar a família dentro dos parâmetros principiológicos da dignidade humana e da igualdade material de direitos, é função do Estado.

Pelo que se percebe, os limites de atuação do Ministério Público nas ações de destituição do poder familiar, não implicam, necessariamente, a aplicação textual da lei e sim traz novos horizontes para tal atuação.

A existência de leis não basta para assegurar e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, pois a legislação por si só, não é capaz de mudar a realidade, nem obriga nenhum cidadão a participar efetivamente de políticas que lhes tragam garantias de vida digna.

Enfim, acreditamos que só com a participação ativa da sociedade em parceria com o Ministério Público, poderemos ver a efetivação e preservação dos direitos fundamentais tornando-os não somente uma obrigação do Estado, mas uma responsabilidade de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Geraldo Claret de. ***Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente***. Edição ampliada e revista segundo o novo Código Civil. Minas Gerais, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes.

ARRUDA, Marina Patrício, Sheila Kocourek – ***O conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente como espaço de construção de cidadania*** – Revista Textos & contextos Porto alegre v. 7n. 1 p. 75 – 87. Jan/jun. 2008. disponível na internet:<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/3939/3203> >Acesso em 08 de dezembro de 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 10 de julho de 2010.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, incluindo as alterações da Lei 10.764/03. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 10 de julho de 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – ***Teoria Geral do Processo*** – 22ª edição – Brasil: Malheiros, 2006.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Efeitos Jurídicos no Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&autor=Marcia%20Elena%20de%20Olivei>>, acesso em 20 de abril de 2008

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto.** 04/03/2004: Disponível na internet em : < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=119> > Acesso em 209 de abril de 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro,** v. 5. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Rafael Nogueira da. **Laços de Família. Considerações sobre o poder familiar e sua destituição.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de janeiro de 2009

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O serviço social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional.** 8. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

LÔBO, Paulo. **Família.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar.** Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=127>> Acesso em 20 de abril de 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Suspensão, Perda e Destituição do Poder Familiar.** Disponível em:

<<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt270.htm?impressao=1&>> Acesso em 03 de outubro de 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Infância e Juventude**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em 03 de dezembro de 2008

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do novo código civil**. Disponível em: <tjrs.jus.br/institu/cestudos/doutrina/Adocao.doc> Acesso em 10 de abril de 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). **Família e Cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM / Del Rey, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Vol .V . 15ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SOUZA, Mauro Pedroso de. **Ministério Público e as medidas específicas de proteção**. Disponível em: <<http://www.mp.mt.gov.br/cma/secure/arquivos/arq274.pdf>> Acesso em: 12 de dezembro de 2008.

TEIXEIRA, Eduardo Henrique. **Psiquiatria Forense e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=369&sec=30>> Acesso em 03 de outubro de 2008.

RIGHETTI, Carmem Silvia, Silvia Alapanian – **O Poder Judiciário e as Demandas Sociais** – Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual de Londrina, programa de Pós Graduação em Serviço Social e Políticas Sociais. Londrina, 2005 - Disponível em: http://www.ssrevista.uel.br/c-v8n2_carmen.htm. Acesso em 08 de dezembro de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva — O afeto como formador de família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336> . Acesso em 20 de abril de 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. . 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005a.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005b.