

# O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A SUA SUPREMACIA DIANTE DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

## THE CHILD'S BEST INTEREST FOR THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY LIFE AND ITS SUPREMACY IN THE FACE OF CONFLICTS OF INTEREST IN THE EXERCISE OF FAMILY POWER

Maria Aparecida Alkimim<sup>1</sup>

Doutora em Direito

Universidade Católica de Brasília - Distrito Federal/Brasil

**Resumo:** O presente estudo traz à lume o melhor ou superior interesse da criança e do adolescente diante do exercício do poder familiar e dos reflexos no direito à convivência familiar, considerado direito fundamental especial infanto-juvenil e, como tal, impõe a todos, família, sociedade e Estado, o dever de proteção especial e integral, inclusive aos genitores quando do exercício do poder familiar, considerando-se que criança e adolescente (jovem) são considerados sujeitos de direitos e titulares dos direitos fundamentais que atribuem liberdade, privacidade e autonomia de vontade ao nível da capacidade de compreensão e manifestação de vontade, e isso também faz exsurgir a tormentosa questão que envolve os conflitos de interesses e a manifestação de vontade do menor diante de situações conflituosas na convivência familiar e no exercício do poder familiar. Nesse viés, será demonstrado que os direitos humanos infanto-juvenis são sustentados pela proteção integral e de acordo com o melhor interesse, consagrados pelo ordenamento jurídico internacional e interno com vistas à concretização desses direitos. O trabalho envolve a pesquisa descritiva, com fonte bibliográfica nacional e estrangeira e visa

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo; Professora, Pesquisadora e Coordenadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo; Professora membro do Conselho Editorial da Revista Direito & Paz do Centro Universitário Salesiano de São Paulo; Professora integrante do Observatório de Violências nas Escolas, que compõe a Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade, com sede na Universidade Católica de Brasília. E-mail: maalkimin@terra.com.br.

demonstrar como resultado que o melhor interesse tem eficácia normativa na solução de conflitos familiares e como postulado normativo tem força axiológica que o coloca acima da norma, uma vez que visa garantir a solução que atenda ao melhor e superior interesse da criança e do adolescente.

**Palavras-Chave:** Criança e adolescente; Direitos fundamentais; Convivência familiar; Melhor interesse; Poder familiar

**Abstract:** The present study brings to light the best or superior interest of the child and the adolescent in the exercise of family power and reflexes in the right to family life, considered a special fundamental right of children and adolescents and, as such, imposes on everyone, family, society and the State, the duty of unique and integral protection, including to the parents when exercising family power, considering that child and adolescent (young) are regarded as subjects of rights and holders of fundamental rights that grant freedom, privacy and autonomy of will at the level of the capacity for understanding and the manifestation of choice, and the stormy question that involves the conflicts of interests and expression nation of intentional the minor in the face of conflicting situations in the familiar coexistence and the exercise of family power. In this bias, it will be demonstrated t the integral protection supports the human rights of children and youth and according to the best interest enshrined in the international and domestic legal order to realize these rights. The work involves the descriptive research, with national and foreign bibliographic sources and sources demonstrate as a result that the best interest has normative effectiveness in the solution of family conflicts and as normative postulate has an axiological force that places it above the norm since I aim to guarantee the solute that's the best and best interest of the child and the adolescent.

**Keywords:** Child and teenager; Fundamental rights; Family living; Best interest; Family power.

### INTRODUÇÃO

A criança, o adolescente e o jovem possuem direitos humanos e fundamentais salvaguardados e destinados a todo e qualquer cidadão, cujos direitos humanos encontram-se positivados na ordem jurídica constitucional, contudo, os direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente se situam no ramo da especificação de Direitos, segundo Bobbio, e isso em razão de que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento e maturidade física, psíquica, social, moral e espiritual, cujos direitos somente serão plenamente garantidos e exercidos diante da trilogia da proteção integral, ou seja, desde que a família, a sociedade e o Estado exerçam o papel de

destinar proteção especial e integral à criança e ao adolescente no exercício dos direitos fundamentais consagrados pelos documentos internacionais e incorporados no ordenamento jurídico interno, sob pena de não prevalecer o direito humano à liberdade e à igualdade.

O exercício do poder familiar por parte dos progenitores está intimamente relacionado com o exercício do direito fundamental à convivência familiar e assim sendo, o exercício do poder familiar não é discricionário e certo que não apenas pelas limitações e restrições impostas pelo Código Civil, mas também pelo fato de que a criança e o adolescente devem ter garantido o pleno desenvolvimento no seio de uma família, em especial, a família natural, que lhes garanta uma vida de paz, amor, respeito, tolerância e solidariedade, devendo a família, na pessoa dos progenitores, garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais desses sujeitos de direito.

Nesse sentido, eventual colisão de direitos entre progenitores e filhos (crianças e adolescentes), deverá prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, o qual se sobrepõe as normas que regulam a convivência familiar, representando um postulado a ser aplicado nas situações de conflito, com vistas à concretização da proteção especial e integral à essa parcela da população considerada vulnerável.

Ponderar-se-á, ademais, que os direitos fundamentais da criança e do adolescente não se sujeitam apenas às disposições normativas, incumbindo ao aplicador da norma ponderar e aplicar o melhor interesse, notadamente diante do conflito envolvendo o exercício do poder familiar e o exercício da autonomia da criança em matéria de direitos fundamentais.

## **1 OS DIREITOS HUMANOS INFANTO-JUVENIS DIANTE DA NORMATIVA INTERNACIONAL E NACIONAL**

Os direitos humanos, embora integrem a essência da natureza humana, representam um construído histórico que se tornou patrimônio da humanidade à medida que foram declarados universalmente em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU) num momento da história em que a humanidade experimentava as mazelas das atrocidades praticadas nas Grandes Guerras mundiais, com extermínio de milhões de pessoas e outras graves violações à pessoa humana, aflorando a necessidade de recomposição das Nações, a partir do reconhecimento dos direitos humanos, para uma vida de paz, solidariedade e fraternidade.

Bobbio reconhece que os direitos humanos nasceram de lutas históricas e de movimentos sociais e políticos que fizeram aflorar em forma de declarações esses direitos, afirmando que os direitos humanos são “...direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas pelas lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual...”.(2004, p.25)

O caráter universal dos direitos humanos também se associa ao direito cosmopolita segundo o qual o mundo se reduz a uma grande e única cidade onde todos compartilham a igualdade, solidariedade e amizade. Nesse sentido, Lafer, ao comparar o universalismo dos direitos humanos ao direito cosmopolita, assevera que: “O mundo é uma única cidade - cosmo-polis - da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *Lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.”(1988, p. 119)

Para Bobbio (2004, p. 61)), a “Cosmópolis” significa que cada homem é potencialmente cidadão não só de um Estado particular, mas do mundo”. Nesse sentido a universalidade dos direitos humanos abrange todos os Homens, de todas as Nações, pois a pessoa humana enquanto corpo e alma pertence ao Universo que corresponde ao locus onde o homem, ser único, dotado de razão e autodeterminação habita e deve viver com espírito de paz, liberdade, autonomia, respeito e dignidade, pois “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (Art. 1º., Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1945, ONU)

Percebe-se que os direitos humanos integram a natureza de toda pessoa humana (homens, mulheres, crianças, idoso, sem distinção de raça, cor, nacionalidade etc), cujo núcleo central é a dignidade da pessoa humana, cujos direitos humanos, segundo Goffredo Telles Junior, são direitos subjetivos e de caráter universal, imutável e absoluto, que integram a natureza humana, cujos direitos são anteriores ao próprio Estado e que exprimem mandamentos, permissões e proibições imperativas por parte do Estado que faculta à pessoa o uso das faculdades que a natureza atribuiu ao ser humano, impondo a todos o dever de ação e omissão para preservação e conservação desses direitos. (2008, p. 339)

Contudo, os direitos humanos embora nascidos de declarações

internacionais e universais, ganharam resistência e consistência somente com o surgimento dos Estados Liberais que implantaram o constitucionalismo liberal com a inserção dos direitos humanos nas Constituições Liberais e que em razão da necessidade de realização desses direitos.

Com o surgimento do Estado Neoliberal, Democrático e do Bem-Estar Social, os direitos humanos ganharam o status de direitos e garantias fundamentais, inalienáveis da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, impõem obrigações de fazer ao Estado para garantia do bem-estar e justiça social, cujas obrigações Alexy denominou de “direito a algo”, caracterizando, assim, uma obrigação de abstenção (direitos de defesa) ou de realização (direitos e ações positivas) objetivando a garantia de uma vida digna com a atribuição de direitos fundamentais mínimos. (2009, p. 193)

É sabido que os direitos humanos consagrados para todos os Homens, sem qualquer distinção, não foram garantidos todos de uma só vez, nem todos de uma vez por todas, ademais, a história da humanidade revela que esses direitos surgem e se modificam com a evolução da humanidade, são ajustáveis às condições culturais, históricas e das necessidades de categorias de pessoas, como é o caso da criança e do adolescente, do idoso, deficiente, etc, exurgindo, assim, a necessidade de se definir uma tutela específica aos direitos humanos dos vulneráveis, no afã de se estabelecer a igualdade formal entre pessoas que possuem características naturais que as distinguem das pessoas comuns.

O direitos humanos de caráter genérico foram positivados e, após a incorporação nas Constituições democráticas, foram revestidos pelo manto dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, de caráter geral e universal, dirigidos a todo e qualquer cidadão, contudo, esse processo de construção e reconstrução dos direitos humanos fez com que surgisse a especificação de direitos humanos e fundamentais para categorias especiais, como é o caso, por exemplo, da criança e do adolescente.

Por outro lado, o que justifica os direitos humanos infanto-juvenis integrarem o ramo da especificação de direitos é justamente a sua “identidade diferente em relação à população adulta, mercê das específicas condições e exigências das suas distintas fases de desenvolvimento” (LEANDRO, 2004, p. 103) e o reconhecimento no âmbito internacional dos Direitos Humanos infanto-juvenis “demanda um sistema específico de proteção aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, em razão da sua condição

de sujeitos de direitos, ressaltando-se, contudo que a identidade diferente não retira a plenitude da sua cidadania.

O sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente está traduzido nos documentos internacionais, que em sua grande maioria trata de declarações de proteção e de direitos, sem o caráter cogente.

Nesse sentido, há a Declaração de Genebra de 1924 que declara a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 declarou em prol da infância “o direito a cuidados e assistência especiais”. A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 deu origem, na verdade, ao que hoje denominamos sistema de proteção integral e especial e de acordo com o melhor interesse da criança, ao proclamar em seu segundo princípio que: “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

Embora de grande relevância essa norma internacional, conforme bem ponderou Tânia da Silva Pereira, “os direitos estabelecidos em Declarações são princípios que não representam obrigações para os Estados. Refletem uma afirmação de caráter meramente moral, não encerrando obrigações específicas.” (1999, p. 4)

O grande avanço visando a efetivação dos direitos humanos e fundamentais da infância e juventude ocorreu em 1989 com a aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que não apenas definiu direitos universais para as crianças (até 18 anos, assim considerada pela Convenção), como também contém um viés cogente para os Estado que a subscreve e a ratifica, impondo a incorporação da suas disposições no ordenamento jurídico do país ratificante, “correspondendo ao mínimo que o Estado e a sociedade deve garantir às suas crianças” (PEREIRA, 1999, p. 5) devendo adotar mecanismos de proteção e de fiscalização do cumprimento das disposições da Convenção.

A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, estabeleceu como ponto de partida o reconhecimento da criança como sujeitos de direitos e que em razão da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, necessitam

de proteção especial e integral e prioridade absoluta no atendimento de suas necessidades vitais (vida, saúde, educação, convivência familiar, social, lazer, liberdade, respeito, profissionalização etc).

No âmbito interno os direitos humanos infanto-juvenis foram consagrados pela CF/88 através do art. 227 que regula os direitos fundamentais ligados ao aspecto individual, familiar, trabalho, segurança, respeito, igualdade, liberdade e dignidade dessas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico, moral, social e espiritual. Trata-se, na verdade, de positivação dos direitos humanos e, não obstante a artigo 5º. Da CF/88 regule direitos humanos positivados, o art. 227 regula direitos fundamentais dispersos. (CANOTILHO, 2010, p. 45)

Contudo, os direitos fundamentais elencados no artigo 227 da CF e regulamentados pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90), são direitos fundamentais especiais e certo que em razão da condição especial atribuída às pessoas em estado de vulnerabilidade como é a criança e o adolescente, ou seja, por tratar-se de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento da personalidade.

A criança e o adolescente, como sujeitos de direitos e no pleno exercício dos direitos de cidadania também estão salvaguardadas pelos direitos fundamentais gerais previstos no artigo 5º. da CF/88, os quais são direitos e garantias da população adulta e infanto-juvenil, tratando-se, na expressão de Bobbio, de uma especificação do genérico, sendo os direitos da criança considerados “ius singulare com relação a um ius commune” .(2004, p. 35)

Os direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente estão vinculados ao sistema da proteção integral que impõe à família, à sociedade e ao Estado(trilogia da proteção integral), que todas ações e decisões levem em conta o melhor e superior interesse da criança e do adolescente, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico, moral, social e espiritual.

## **2 O MELHOR INTERESSE COMO PRINCÍPIO BASILAR DO SISTEMA DE PROTEÇÃO**

Os princípios da proteção especial e integral e do melhor interesse estão inseridos na Convenção sobre os Direitos da Criança e formam a base ideológica e legal dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais infanto-juvenis

disciplinados pelos Estados que ratificaram e incorporaram as disposições da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

### 2.1 PROTEÇÃO ESPECIAL E INTEGRAL

Os documentos internacionais de reconhecimento e de declaração dos direitos anteriormente expostos cobriram os direitos infanto-juvenis com o manto da proteção especial, do qual emanam o princípio do melhor interesse, proteção integral e prioridade absoluta. A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu Preâmbulo dispõe:

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais; Reconhece que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão da sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento; Os Estados-Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. (ONU, 1989)

Nesse sentido, a referida Convenção consolidou o sistema de proteção especial com o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, ou seja, a criança deixou de ser tratada como sujeito passivo de assistência e proteção, logo, tal como os adultos, são titulares de direitos juridicamente protegidos.

Portanto, atribuir a condição de sujeitos de direitos significa atribuir à criança a titularidade de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma pessoa em peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquicos, moral, social, espiritual, em relação aos direitos fundamentais universalmente declarados e que devem ser protegidos, defendidos e promovidos pela família, pela sociedade e pelo Estado.

No âmbito do direito interno, a CF/88 consagrou a proteção especial, contudo, sob a denominação de “proteção integral”, que foi regulamentada pelo ECA, cujo documento normativo e de proteção infanto-juvenil envolveu na caracterização da proteção integral a prioridade absoluta (art. 4º. do ECA).

Visando a proteção integral, o legislador constituinte inseriu na ordem jurídica constitucional através do artigo 227 os direitos humanos da população

infanto-juvenil, impondo o dever de proteção à família, à sociedade e ao Estado, com absoluta prioridade.

O ECA consolidou um novo tipo de tratamento e de garantias de direitos à criança e ao adolescente, abandonando a doutrina da situação irregular que permeou o Código de Menores de 1979 e vigeu até a revogação do Código de Menores pelo ECA, que não reconhecia a criança e adolescente como sujeitos de direitos, mas como objeto de uma política estadista assistencialista baseada na proteção do menor abandonado ou infrator.

Dessa forma, a adoção da proteção integral pelo ordenamento jurídico teve o viés de atribuir às crianças e aos adolescentes o reconhecimento de sujeitos de direitos universalmente garantidos no âmbito internacional e interno, devendo ser garantidos tal como ocorre em relação à população adulta, contudo, o exercício e gozo deve estar sob o auspício da proteção integral em razão de peculiar condição de desenvolvimento dessas pessoas, cuja proteção integral deve ser assegurada pela família, pela sociedade e pelo Estado.

## 2.2 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme demonstrado alhures, o melhor interesse ou superior interesse da criança e do adolescente se encontra consagrado na Declaração internacional dos Direitos da Criança de 1924, posteriormente também foi incluído na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e por fim na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), sendo que o Brasil ao ratificar esses documentos internacionais incorporou definitivamente esse princípio de caráter fundamental em seu sistema jurídico, representando um norteador para o estabelecimento de todo o sistema legal, social e político para promover a proteção da criança e o pleno e sadio desenvolvimento.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 3º.: “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 melhor interesse da criança.”

O melhor interesse da criança não possui uma definição precisa do melhor interesse, pode ser definido como a vontade que emana do legislador de garantir o ótimo desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil mediante o exercício do direito fundamental.

O melhor interesse é princípio orientador na legislação dos Estados-Partes e na elaboração de políticas públicas. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, o melhor interesse é um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”(1980, p. 230)

No entendimento de Tânia da Silva , o “princípio do melhor interesse” é uma norma cogente em razão da ratificação da Convenção da ONU, assim como é um princípio especial, que deve ser considerado, tal como os princípios gerais do direito, como fonte subsidiária na aplicação da norma.” (1999, p. 25)

Nesse sentido, o melhor interesse da criança que princípio fundamental que norteia todo o sistema de proteção à criança e ao adolescente, tem valor absoluto, sobrepondo-se à norma, inclusive.

Canotilho afirma que as regras são normas que visam proibir, permitir ou tolerar certas condutas, ao passo que princípios são normas que exigem “a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.”(2010, p. 1152). Nesse sentido, princípio é uma enunciação, não traz o aspecto da imposição, proibição ou permissão, tal como a regra; ele busca otimizar um direito ou um bem jurídico, portanto, são normas jurídicas de otimização de direitos (2010, p. 1161), ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”(ALEXY, 2009, p. 90)

O superior interesse da criança e do adolescente, axiologicamente considerado, está em posição superior à própria lei, pois a solução do caso concreto deve atender ao melhor interesse do menor, ainda que tal solução esteja divorciada na letra fria da lei.

Para Dionísio Roda y Roda quanto a natureza jurídica do melhor interesse, entende-se que o melhor interesse da criança e do adolescente ao mesmo tempo que corresponde a um modelo jurídico de conduta que atende à situações e circunstâncias onde se atribui valor aos interesses da criança, não perde a sua condição de princípio. Reafirma esse doutrinador que o melhor interesse equivale a “(...)um modelo de conduta aplicável aos aspectos da vida e do desenvolvimento do menor e ao mesmo tempo é um princípio geral

que deve ser levado em conta pelo legislador de forma inexorável.” (2014, p. 39)

Com o advento do ECA (Lei n. 8069/90), o direito brasileiro normatizou a melhor interesse, caracterizando-o no artigo 4º. do ECA como “prioridade absoluta” ao dispor que:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Com efeito, em razão da condição de sujeitos de direitos fundamentais incorporados na CF/88 e no próprio ECA, e também em razão da peculiar condição de desenvolvimento da criança e do adolescente, esses direitos e garantias devem refletir com prioridade absoluta na adoção de ações, medidas, decisões e política públicas para efeito de concretização dos direitos humanos infanto-juvenis.

## 2.3 O MELHOR INTERESSE E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A convivência familiar da criança e do adolescente integra o rol dos direitos fundamentais de caráter especial da criança e do adolescente, a teor do disposto no art. 227 da CF, bem como regulamentado pelos artigos 19/25 do ECA, sendo certo que a convivência familiar é um direito natural de toda pessoa, notadamente, quando está na fase de formação, como é o caso da criança, tratando-se o ambiente familiar de um “habitat natural do ser humano.” (ELIAS, 2005, p. 21)

O artigo 226, caput, da CF/88 atribuiu à família a condição de base da sociedade, reconhecendo a importância da família para a vida social e para o desenvolvimento sadio e bem-estar dos seus membros, notadamente, das

crianças, adolescentes e jovens, e é cediço que no seio da família é o primeiro lugar de exercício e gozo dos direitos fundamentais, é, sem dúvida, o locus especial de tutela da vida e da pessoa humana, e conforme se vislumbra do artigo 4º. do ECA. (ALKIMIN, 2016, p.160)

A família é o primado para a educação e formação da pessoa humana no que tange à sua projeção interna, entre seus membros, e externa, ou seja, para a sociedade que passará a integrar, como diz Armando Gomes Leandro a família é “elemento fundamental da sociedade, lugar privilegiado de trocas afectivas e de transmissão de valores indispensáveis à formação de uma personalidade e de um carácter suportes de real e saudável autonomia”. (2004, p. 110)

Por imperativo legal a efetivação do sistema de proteção integral à criança e ao adolescente incumbe em primeira ordem à família. Com efeito, como bem pontua Edmundo Martinho o “espaço familiar torna-se um território privilegiado para o desenvolvimento das capacidades, para o reforço da participação, em suma para o exercício de direitos sociais próprios de cada cidadão” (2002, p. 42), logo, de forma muito especial para a criança e adolescente o espaço familiar se torna o território privilegiado para o desenvolvimento de sua personalidade e capacidades intelectivas, cognitivas, sensitivas etc, tornando-se, potencialmente, o espaço de socialização.

A família é um espaço privado reservado para o cuidado e zelo com a consolidação da personalidade infanto-juvenil, razão pela qual deve destinar proteção integral à criança e ao adolescente, buscando agir de acordo com o melhor interesse dessas pessoas em desenvolvimento, zelando pela formação da sua personalidade, visando a sua socialização e integração no meio familiar e social, para uma vida de amor, paz, solidariedade, tolerância e digna.

Como espaço privado, sob a ótica da privacidade e intimidade, deve ficar imune a intromissão ou interferência de outrem, inclusive, do próprio Estado, salvo na hipótese de defesa do melhor interesse quando haja lesão a direito ou situação de risco e perigo à criança e ao adolescente. (ALKIMIN, 2016, p. 161)

O artigo 1513 do Código Civil Brasileiro, sem afastar o carácter privado das relações familiares, impõe a não-intervenção de entidades públicas de forma indeterminada e sem discricionariedade, eventual intervenção para concretizar a proteção especial e integral e o melhor interesse deve primar pela prevalência da criança vitimada no seio da família natural, devendo ser

afastada ou até mesmo gerar o afastamento dos ou de um dos genitores em casos excepcionalíssimo, sendo certo que há imperativo legal priorizando a família natural, conforme se depreende do art. 19 do ECA ao dispor o direito de a criança ser educada e criada no seio da família natural, excepcionalmente em família substituta.

Para Martha de Toledo Machado,

(...) a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou a destituição do pátrio poder ganhou contornos de uma *excepcionalidade* ainda mais severa do que aquela que já se sustentava tradicionalmente: apenas as violações severas do pátrio poder, que *inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança*, é que autorizam a sua retirada da casa da família natural. (2005, p. 163)

Diante disso surge a indagação no sentido de que até que ponto o Estado pode interferir nas relações familiares, já que em razão da sua natureza privada não pode padecer do dirigismo estatal, contudo, como envolve relação interpessoal, certamente há necessidade de ponderação dos interesses, notadamente, da criança e do adolescente. Visando o melhor interesse e a proteção integral há permissivo legal para intromissão do Estado nas relações familiares, notadamente em caso de violência contra a criança e o adolescente.

A CF/88 autoriza o Estado a intervir para assegurar a “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º, CF/88), estabelecendo medidas severas contra o agressor: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. (§ 4º, art. 227 da CF).

De acordo com o conteúdo do melhor interesse, os pais têm obrigação de prestar assistência ao filho menor e garantir o melhor interesse tanto por eles mesmos como em relação a terceiros, ou seja, o melhor interesse nas relações familiares e de filiação é um elemento fundamental que orienta a responsabilidade parental.

O melhor interesse encerra um interesse subjetivo e um objetivo, entendendo-se por interesse subjetivo como o conjunto de vantagens que devem observar os progenitores para a correta formação dos filhos; enquanto o interesse objetivo são as vantagens que correspondem às inclinações e desejos

dos menores. (RODA Y RODA, 2002, págs. 40-41)

Os progenitores devem defender os direitos fundamentais dos filhos, e, para tal desiderato, possuem ampla discricionariedade na valoração dos interesses dos filhos, contudo, essa discricionariedade deve sempre buscar e eleger dentre todas as alternativas, a que melhor atenda aos interesses do menor.

Denota-se que o superior interesse da criança e do adolescente não diz respeito tão somente na adoção de ações, medidas e mecanismos de proteção aos direitos fundamentais com absoluta prioridade, também prevalece no caso de conflito de interesses entre a criança e os adultos, como os pais, por exemplo. Nessa situação, deve-se invocar a função hermenêutica do princípio em tela, visando assegurar a efetivação dos direitos subjetivos da criança, diante de um princípio garantista que fundamentará a decisão sobre o caso concreto.

A convivência familiar sadia e equilibrada é o ideal em matéria de desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, todavia, no plano real a convivência familiar no seio da família natural pode ser marcada por violências intrafamiliares (abuso sexual, agressão física e/ou moral, abandono, maus-tratos etc) que passam a relativizar o comando normativo que prioriza a permanência da criança ou adolescente vitimado no seu da família natural.

Nas relações com seus progenitores, deve prevalecer o superior interesse do menor, contudo, muitas vezes o intérprete e aplicador se depara com situações cinzentas que torna difícil aferir até que ponto é ideal retirar o menor ou até mesmo afastar um dos progenitores do convívio comum e familiar, pois muitas vezes não é o desejo do agressor e também da vítima, diante dos laços familiares e sentimentais que envolvem a relação familiar e filial-paternal-maternal.

No exercício do poder familiar, por exemplo, pode ocorrer conflito ou colisão de interesses entre o menor e seus progenitores, certamente, muitas vezes o melhor interesse dos filhos não será o que os pais e nem o que os próprios filhos consideram mais benéfico para eles.

Um fator importante para definir e aplicar o melhor interesse do menor nas causas que lhe afetam é o dever de escutar e aferir a sua vontade, considerando a capacidade de se expressar de forma livre, pois a manifestação de vontade e opinião é direito fundamental que deve ser reconhecido e admitido para esses

sujeitos de direitos.

Obviamente a decisão de afastamento do menor ou de um dos progenitores da convivência comum é medida de ordem pública e é certo que está acima dos interesses das partes, devendo as medidas interventivas e de proteção desenvolverem-se sempre em função do melhor interesse, não devendo abarcar somente questões pessoais ou materiais, abrangem também o próprio exercício dos direitos fundamentais, e, nesse viés, diante da impossibilidade de convivência no seio da família natural, deve ser destinada a convivência familiar em família substituta, como medida excepcional.

Na verdade, eventual afastamento do menor da convivência familiar é medida preventiva, sendo que a intervenção deve ocorrer em maior ou menor grau conforme demandar o melhor interesse, sendo certo que a intervenção deve vir acompanhada de medidas que visem apoio à família como um todo, antes de se optar por ações ou medidas traumáticas para o menor, sem perder de vista a possibilidade de reintegração à família de origem, caso atenda ao melhor interesse.

Importante ponderar que o afastamento do menor da convivência familiar ou até mesmo de um dos seus progenitores, como procedimento de prevenção e de proteção, pode ser temporário, contudo, não deixa de gerar prejuízos irreparáveis em algumas situações, mas, em contrapartida, também pode gerar prejuízos a manutenção no seio da família que viola o dever de proteção, dessa forma, se o melhor interesse demandar o retorno do menor ou do progenitor afastado para a convivência familiar, uma vez cessada a causa da separação, deve ser providenciada a reintegração familiar para que sejam reestabelecidos os laços afetivos na convivência familiar.

O exercício e gozo do direito fundamental à convivência familiar, requer uma convivência sadia e equilibrada que favoreça o pleno e sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, e é certo que o melhor interesse exige a concretização desse salutar direito fundamental, razão pela qual a criança e adolescente não podem ser privados da convivência familiar e, nesse sentido, se não existir segurança, acolhimento, afeto e respeito no seio da família biológica, natural, deve-se proporcionar à criança e adolescente uma família de índole afetiva, como sendo uma alternativa diante do fracasso da família natural.

### 3 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

No contexto familiar, as relações com a criança podem assumir feições objetivas como a sua posição na família e seus direitos como pessoa, mas também podem assumir feições afetivas e emocionais. Ainda que o poder-dever de velar pela segurança e saúde dos filhos tenha o caráter altruísta do poder familiar, não se pode esquecer que restará sempre presente o princípio do melhor interesse do menor. Apesar de ser direito-dever aplicável aos pais, o poder familiar é exercido no interesse dos filhos.

#### 3.1 CONCEITO DE PODER FAMILIAR E CARACTERÍSTICAS

O poder familiar pode ser representado como conjunto no qual se abrangem os direitos e obrigações referentes aos genitores com relação aos seus filhos menores de dezoito anos e não emancipados. Há quem entenda que essa denominação não é muito apropriada já que se refere à família (entidade) e não aos pais (progenitores), preferindo a expressão como “autoridade parental.”(MACIEL, 2013, p. 134)

O poder familiar apresenta como características:

(a) ser uma norma fixada pelo Estado para o seu exercício (munus público), um poder-dever, pertencente aos pais, situando-se entre o poder e o direito subjetivo (MALUF & MALUF, 2013, p. 647);

(b) ser irrenunciável, não sendo facultado aos genitores a possibilidade de se exonerar dessa função pública;

(c) ser inalienável, indisponível e indelegável, sendo vedada a transferência seja a qualquer título, oneroso ou gratuito, pelos genitores a terceiros;

(d) não incide a prescrição e não perde o poder familiar por não o exercitar, sendo taxativas as previsões legais para a ocorrência da perda do respectivo poder;

(e) ter a propriedade de incompatibilidade com o instituto da tutela, pois, este tem o caráter assistencial sendo observada a nomeação de tutor por via judicial, em casos de falecimento dos pais ou julgados ausentes e na ocorrência dos pais decaírem do poder familiar (art. 1.728, da Lei 10.406/2002);

(f) relação de subordinação entre pais e filhos menores. Há aqui uma espécie de hierarquia, reservando-se àqueles maior responsabilidade pelo

exercício do poder familiar, enquanto reconhece-se a estes o dever de respeito e obediência.

### 3.2. EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR: CONVIVÊNCIA DOS PAIS E SITUAÇÃO DE NÃO-CONVIVÊNCIA DOS PAIS

Descreve-se no artigo 1.634, do Código Civil, a competência do exercício do poder familiar dos genitores, em relação aos filhos menores:

I) Dirigir-lhes a criação e a educação, de maneira que se conduza aos princípios basilares de convivência harmoniosa estabelecendo características de limite e solidariedade familiar e social, dentro das diretrizes legais. Garantir o desenvolvimento biopsíquico fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, onde se veda o castigo imoderado, sendo permitido aos genitores o exercício do direito de discipliná-lo, para a formação e o desenvolvimento sadio e harmonioso de um cidadão apto a viver em sociedade. É uma disposição que leva em consideração a garantia da convivência do menor na companhia dos pais, ao mesmo tempo em que é também um direito dos pais de terem seus filhos sob seus cuidados, de sustentá-los e educá-los. A negligência no cumprimento deste dever legal poderá culminar na perda do poder familiar, além de estar sujeito às sanções previstas no Código Penal. (DINIZ, 2015, p. 630)

II) Exercer a guarda unilateral ou compartilhada, mantendo os filhos seguros e protegidos. O exercício da guarda permite aos pais reivindicar filhos menores, através de ação de busca e apreensão, de quem ilegalmente os detenha. É responsabilidade normatizada criminalmente a punição aos genitores que entregar seu filho menor de dezoito anos a pessoa inidônea. O exercício da guarda é um dever solidário entre os pais; ocasionalmente pode surgir situação de unilateralidade cabendo o *munus* a um só genitor. Havendo ruptura da relação afetiva entre os pais, o dever legal de cuidado com o filho pode ser atribuído a um só deles, a ambos ou ainda a terceiros, em decorrência do princípio constitucional do melhor interesse e da proteção integral da criança.

A modalidade, hoje conhecida como guarda compartilhada, ou seja, situação em que ambos os genitores detêm a guarda, atende-se à prerrogativa dos pais, ainda que separados, de tomarem decisões envolvendo os direitos fundamentais dos filhos, em conjunto, embora o menor resida com um deles. (MACIEL, 2013, p. 158).

A guarda compartilhada, na legislação<sup>2</sup> é conceituada como “a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. O legislador civil demonstrando preocupação com o menor, quanto à adoção dessa modalidade de guarda, disciplinou no Código Civil, art. 1.584, § 1º, que cabe ao juiz informar aos pais sobre “o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”, disciplinando também no § 2º do mesmo artigo a aplicação dessa medida, ainda que não haja acordo entre os genitores quanto à fixação da guarda.

III) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem: De acordo com a legislação, considera-se maioridade civil a pessoa a partir de 18 (dezoito anos de idade), porém, a idade núbil pode ser atingida aos 16 (dezesesseis) anos. Embora não obtida a capacidade civil plena, a lei permite que ela se case, com autorização dos pais; se houver divergência na concessão, o juiz decidirá pela melhor solução, suprindo judicialmente, se necessário.

IV) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior: trata-se de um direito/dever dos progenitores como exercício do poder familiar acrescido pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. No entendimento de Geara (2015) essa atribuição já era exercida extrajudicialmente, normatizada que estava pelo Conselho Nacional de Justiça. Ademais, a situação está prevista também no ECA - Lei 8.069/90, no art. 84, inc. II, o qual deter a dispensa da autorização se o menor estiver acompanhado dos pais, sendo necessária autorização quando a viagem se der em companhia de um dos pais, bastando que o documento tenha firma reconhecida.

V) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município: constitui-se em direito/dever do poder familiar acrescido pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Esse dispositivo deve ser balizado com as determinações do art. 1.583, § 3º do Código Civil, o qual estabelece que quando ocorrer guarda compartilhada a base da moradia do filho menor será aquela que melhor atenda aos interesses da prole. Há também a previsão de ser considerada forma clara de alienação parental a mudança de domicílio para local distante, sem justificativa que dificulte a convivência da criança com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (Lei 12.318/2010, art. 2º, § Único, VII).

<sup>2</sup> Redação do art. 1.583, § 1º do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008.

VI) 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. Gonçalves comenta, citando Silvio Rodrigues que o tema é de tutela testamentária e só se justifica se o outro cônjuge for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercer o poder familiar. (GONÇALVES, 2017, p. 419)

VII) Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade nos atos em que forem partes suprindo-lhes o consentimento. De acordo com o Código Civil, a incapacidade de exercício impede que os menores exerçam por si sós, os atos da vida civil, devendo ser representados os absolutamente incapazes, sob pena de nulidade, e assistidos os relativamente incapazes, sob pena de anulabilidade.

VIII) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. O direito se refere a qualquer dos pais de pedir busca e apreensão de menor que esteja detido ilegalmente. Diniz esclarece, citando Washington de Barros Monteiro, que o pai ou a mãe que descuida inteiramente do filho, mantendo-o em local prejudicial à saúde, não poderá exercer o direito de reclamá-lo. (DINIZ, 2015, p. 632)

IX) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. A primeira parte deste dispositivo decorre do fato de haver uma relação de autoridade/subordinação entre pais e filho, de tal modo que obedecer e respeitar os pais é um dever do filho. Mas, a exigência por parte dos progenitores não os autoriza a aplicar aos filhos castigos físicos que lhes imprimam sofrimento e dor<sup>3</sup>. No que se refere a “serviços” tem sido objeto de críticas: Maria Helena Diniz (2015) entende ser possível serviços compatíveis com a situação, como a participação na manutenção da família e, em se tratando de “trabalho” deve se amoldar à legislação (Constituição Federal, CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, ECA - Lei 8.069/90); Gonçalves (2017) citando a posição de Luiz Netto Lôbo e de Caio Mario da Silva Pereira, destaca a possibilidade de serviço doméstico, desde que sem fins econômicos e com observação da proibição do trabalho infantil.

### 3.3. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A expressão síndrome da alienação parental - SAP, foi introduzida pelo

<sup>3</sup> A Lei 13.010/2014, conhecida como “lei da palmada”, acrescentou os artigos 18-A, 18-B e 70-A ao ECA - Lei 8.069/90, visando proibir a aplicação de castigos físicos moderados ou imoderados no lar, na escola, instituições públicas ou privadas, ou em locais públicos.

psiquiatra Richard A. Gardner em 1985, despertando muito interesse na comunidade científica, notadamente, na psicologia e no direito. A síndrome é entendida como um distúrbio da criança, que insulta sem qualquer justificação, um dos pais, devido à influência e à doutrinação do outro. Foi assim denominada por ser um processo patológico que produz na criança uma série de efeitos danosos que comprometem o desenvolvimento sadio. (MALUF & MALUF, 2013, p. 635)

Há uma desmoralização intencional de um dos pais (alienador) em face do outro (alienado) enquanto o filho é utilizado como instrumento de agressividade. (GOMES, 2002). Fonseca esclarece que a Síndrome da Alienação Parental não se confunde com a simples alienação parental: a Síndrome diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais que sofre a criança vítima de alijamento; a alienação se refere ao processo que intenta afastar o outro genitor da vida do filho. Assim, continua a autora, enquanto a situação for de alienação parental, a possibilidade de reverter, com auxílio de terapia, o restabelecimento das relações é alta, mas se já instalada a Síndrome, somente 5% (cinco por cento) dos casos podem ceder (2006).

A Lei da Alienação Parental - Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, define alienação parental no art. 2º: “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento u à manutenção de vínculos com este”.

As crianças vítimas dessas atitudes podem apresentar severos distúrbios, via de regra com problemas relacionais, impedindo-os na fase adulta de manter um convívio equilibrado e de forma saudável com os demais. Gomes lista uma série de efeitos observados nos filhos, vítimas da Síndrome de alienação parental, dentre outros, citam-se: na esfera física: distúrbios do sono, depressão, agressão; na área social: dificuldades escolares, discussões familiares, fuga, desobediência, delinquência; efeitos psicológicos: medo, baixa autoestima, angústia, que a longo prazo podem evoluir-se em fobia, pânico, ideias de suicídio, isolamento, reedição da violência, drogadição e alcoolismo. (2002, p. 30)

As práticas de alienação mais comuns ocorrem quando há separação dos pais com relacionamentos problemáticos e mal resolvidos, existindo um

inconformismo quanto ao rompimento, decorrendo daí diversas formas de comportamentos de um dos pais em destruir o relacionamento do filho com o outro progenitor. (MALUF & MALUF, 2013, p. 634). O próprio filho é utilizado como meio de um dos pais para atingir o outro; o alienador utilizando de diferentes estratégias, transforma a consciência desse filho, obstruindo, destruindo e denegrindo a imagem do alienado. (GOMES, 2013, p. 25)

Como bem estabelece o art. 3º da Lei 12.318/2010, a alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente de uma convivência familiar saudável, prejudicando a realização do afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constituindo um verdadeiro abuso contra a criança e adolescente e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Há, portanto, a necessidade de identificar o quanto antes, os comportamentos perniciosos a fim de preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente e assegurar sua convivência com ambos os genitores (art. 4º da Lei 12.318/2010).

### **3.4. O INTERESSE DO FILHO MENOR NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR**

Sem dúvida, a situação de igualdade entre os sexos, e não mais a predominância do marido em relação à esposa ou companheira, modificou profundamente a questão do exercício do poder familiar, devendo ser cumprido esse direito de modo conjunto e igualitário por ambos os pais.

A família é a base para o desenvolvimento pleno do indivíduo, pois a ideia de harmonia, amor e proteção são inerentes a seus membros, razão pela qual, o sistema jurídico estabelece uma política familiar capaz de proteger a manutenção das relações familiares (SOUSA, 2011, p. 178). A família possui papel preponderante de proteção, principalmente em relação àqueles que estão em situação mais frágil, reconhecida na figura do filho, merecendo por isso maior atenção. É do conteúdo do poder familiar prover os filhos de todos os meios necessários para a sua subsistência, seja do ponto de vista físico, mental ou espiritual, garantindo-lhes a proteção e a educação necessária não só para o benefício da própria criança, mas também o da sociedade.

Dispõe o art. 1.513, do Código Civil que é defeso a qualquer pessoa interferir na comunhão da vida instituída pela família, denotando assim, a liberdade dos pais na criação e educação dos filhos na comunidade familiar. Contudo, essa liberdade tem os limites fundados na legislação. A liberdade diz respeito aos verdadeiros cuidados à preservação dos interesses fundamentais

da criança, que em razão da idade, ainda não possui discernimento total para realizar suas escolhas. O exercício do poder familiar visa por isso, a prevalência dos interesses dos filhos, provendo-lhes as melhores condições para o sadio desenvolvimento.

O exercício do poder familiar, constituindo-se em um munus público, possibilita a intervenção do Estado na defesa e proteção daqueles a quem se destinam os procedimentos a ele inerentes, podendo ser suspenso ou destituído desse poder, quando forem desrespeitados pelos pais, quando as finalidades não estiverem sendo alcançadas, ou quando forem evidenciados riscos à integridade física do menor, pois o objetivo último é o de tutelar o interesse dos incapazes.

A própria Constituição Federal, determina que a criança e o adolescente necessitam de proteção especial, pois são pessoas em peculiar situação de desenvolvimento e a construção da sua personalidade precisa ser valorizada.

Teixeira e Penalva analisam que o poder familiar é um processo que ocorre ao longo da maturação do ser humano: da convivência com os pais, a criança paulatinamente adquire a maturidade, tornando-se mais apta para exercitar seus direitos fundamentais, fazer opções com mais liberdade e responsabilidade. Propõe as autoras, então, que o exercício do poder familiar deve ter um caráter mais qualitativo e não tanto quantitativo, pois deve respeitar a formação do menor, com a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, afirmam as autoras, quanto menor o discernimento, menor a autonomia e, portanto, maior a interferência dos pais. (TEIXEIRA; PENALVA, 2008, p. 296)

Do mesmo modo Borges (2010, p. 65) defende a qualidade da parentalidade. Nesse sentido, a família tem o papel relevante na proteção e segurança da criança e na promoção do bem-estar físico, social, psicológico e emocional da criança e exigem-se condições necessárias para o seu desenvolvimento no contexto familiar e extrafamiliar. Argumenta a autora que, muitas vezes, os pais não compreendem como agir adequadamente em determinadas situações, já que as etapas de desenvolvimento de seus filhos são diferentes, exigindo acompanhamentos também diferentes, demonstrando despreparados para exercer a parentalidade. (BORGES, 2010, p. 76) As competências de gestão familiar implicam a capacidade de os pais atuarem adequadamente ao nível de comportamentos e procedimentos eficazes para o desenvolvimento da criança. (BORGES, 2010, p. 78)

O poder familiar assim, não é apenas um dever de caráter legal, mas

também possui caráter social, na medida em que se direciona à educação da prole, com absoluta prioridade, atenta ao princípio do melhor interesse do menor, respeitando sua dignidade e seus direitos fundamentais. (MALUF & MALUF, 2013., p. 650)

Em todas as situações percorridas, confluem diversos interesses que podem estar em colisão, seja de um lado o interesse dos pais biológicos que se opõem ao abandono do lar familiar ou que retorne ao lugar do qual foi separado, impondo o poder público (jurisdicional) a manutenção do filho em lar substituto ou casa abrigo entendendo ser o melhor para a criança, e de outro lado, o interesse o próprio menor que pode se encontrar numa situação em que acaba se dividindo entre não querer abandonar sua família biológica, mantendo-se distante, também mantendo-se distante querer retornar à família de origem, ou até mesmo querer manter-se distante desta, talvez em uma nova família ou centro de atendimento (Casa Abrigo).

Embora o menor esteja adaptado, em muitos casos, à família de acolhida, o melhor interesse pode orientar no sentido de retorno para a família de origem, ainda que materialmente esteja sendo provido pela família acolhedora, sendo certo que o interesse do menor não se reduz a privilégio material.

Para Roda y Roda, o retorno da criança e do adolescente à sua família de origem, uma vez desaparecida a causa que motivou a medida de proteção está mais em sintonia com o interesse do menor, que permitir a sua permanência na família acolhedora. Ainda que esteja melhor na perspectiva material em sua família acolhedora, a manutenção da separação da família de origem, sem motivo que justifique no presente a manutenção da medida de proteção, vulnera o direito fundamental de conviver com sua verdadeira família. (2002, p. 57)

Certamente, diante da disparidade de interesses e até mesmo vontades, deverá sempre prevalecer o melhor interesse do menor, sempre ouvindo a sua manifestação de vontade, quando possível e permitido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que o melhor e superior interesse da criança e do adolescente é muito mais que um complemento à doutrina e princípio da proteção especial e integral, na verdade, é sustentáculo para o sistema de proteção e, notadamente, é o meio de solução de conflitos

envolvendo direitos atinentes às relações familiares.

Não obstante a destinação de direitos fundamentais especiais à criança e ao adolescente, a efetivação e concretização desses direitos não subsiste tão somente em função das normas internacionais que o anunciaram e das normas internas que os incorporaram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, denota-se que esses direitos requerem algo a mais, justamente por envolver categoria especial de pessoas e que estão no gradativo processo de desenvolvimento e em razão disso dependem de postulados concretizadores dos direitos, e esses postulados são, justamente, a proteção integral e o melhor interesse.

A aplicação do melhor interesse é muito mais potencializado no âmbito das relações familiares e na convivência familiar, pois se trata de um direito fundamental a ser preservado para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, contudo, a convivência familiar no seio da família natural pode resultar em prejuízos ao desenvolvimento da criança e do adolescente, fruto do abuso ou ilegalidade no exercício do poder familiar.

Diante de uma situação de dano, risco ou perigo decorrente da convivência familiar e exercício do poder familiar, a família, espaço privado de relação e inter-relação, sofre intromissão do Estado para aplicação, em prol da criança e adolescente vitimados, das medidas preventivas e protetivas.

Por outro lado é certo que, em muitas situações, a intervenção do Estado com medidas preventivas e de índole protetiva provoca a colisão de interesses e direitos, necessitando uma reavaliação eficiente de todas medidas que envolvam afastamento de um dos entes familiares, bem como a intromissão no exercício do poder familiar, sendo certo que deve prevalecer sempre o melhor interesse, contudo, não se pode ignorar que o melhor interesse está atrelado à vontade presente e futura da criança e do adolescente, sujeitos de direitos.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. (5ª. ed. Alemã). São Paulo: Malheiros, 2009.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência sexual contra a criança e o adolescente: abordagem da violência sexual intrafamiliar de acordo com o sistema de proteção jurídico-legal brasileiro e português**. Curitiba: CRV, 2016.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**,

São Paulo: RT, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Isabel Cristina Neves. **Qualidade da parentalidade e o bem-estar da criança**. Dissertação de mestrado em Psicologia. Universidade de Coimbra, Portugal, 2010. Disponível em <[www.estudogeral.sib.uc.pt](http://www.estudogeral.sib.uc.pt)> Acesso em 27 nov. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria a Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 5, Direito de Família, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

ELIAS, Roberto João Elias. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONSECA, Priscila M.P.C. Síndrome de alienação parental. **Pediatria**, v. 28, n. 3, p. 162-168, São Paulo, 2006. Disponível em <[www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br)> Acesso em 27 nov. 2019.

GEARA, Diana. O genitor detentor da guarda unilateral dos filhos menores tem o direito de alterar o domicílio dos filhos para o exterior sem a anuência do genitor não guardião? **Anais. EVINCI - Evento de Iniciação Científica, Unibrasil**, v.1. n.3, 2015. Disponível em <[www.portaldeperiodico.unibrasil.com.br](http://www.portaldeperiodico.unibrasil.com.br)> Acesso em 28 nov. 2019.

GOMES, Acir de matos. Alienação parental: uma violência complexa com efeitos devastadores. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 14, n. 22, p. 17-36, 2002. Disponível em <[www.publicacoes.unifran.br](http://www.publicacoes.unifran.br)> Acesso em 27 abr. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6 - Direito de Família, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEANDRO, Armando Gomes. Protecção dos Direitos da Criança em Portugal. *In: Direito das Crianças*. MONTEIRO, A. Reis; LEANDRO, Armando Gomes; ALBUQUERQUE, Catarina de; ROCHA, Dulce; BARRETO, Ireneu Cabral; BENES, Roberto. Coimbra, Faculdade de Direito: Editora Coimbra, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Protecção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri, SP: Manole, 2005.

MACIEL, Kátia R.F.L. Andrade. Poder Familiar. *In: Maciel, Kátia R.F.L. Andrade*

(coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 647.

MARTINHO, Edmundo. A família, as respostas sociais e as parcerias. In: **Direito Tutelar de menores: um sistema em mudança**. (Encontro de Trabalho - julho 2000) Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODA y RODA, Dionisio. **El interés del menor en el ejercicio de la patria potestade- el derecho del menor a ser oído**. 1. ed. Pamplona-Espanha: Thomson Reuters-ARANZADI, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela jurídica do idoso - a assistência e a convivência familiar**, 2ª ed., Campinas, SP: Alínea, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança - uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de Informação Legislativa**, ano 45, n. 180, p. 293-304, Brasília, out-dez/2008.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação à Ciência do Direito**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

**Recebido: 28.11.2019**  
**Revisado: 27.12.2019**  
**Aprovado: 30.01.2020**