

ESTUDOS SOBRE  
A VIOLÊNCIA CONTRA  
A CRIANÇA E  
O ADOLESCENTE



# ESTUDOS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Antônio Cecílio Moreira Pires  
Lia Cristina Campos Pierson  
Lilian Regina Gabriel Moreira Pires  
Maria de Fátima Monte Maltez  
Martha Solange Scherer Saad  
(Org.)

libro 

São Paulo · 2016

1ª edição

CAPA, PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO Livro Design e Comunicação  
PREPARAÇÃO E REVISÃO Carlos Villarruel

TEXTO DE ACORDO COM AS NORMAS DO NOVO ACORDO ORTOGRÁFICO DA  
LÍNGUA PORTUGUESA (DECRETO LEGISLATIVO Nº 54, DE 1995)

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente [livro eletrônico]  
/ (org.) Antônio Cecílio Moreira Pires... [et al.]. -- 1. ed. -- São Paulo :  
Livro, 2016.  
1,0 Mb ; e-PUB

Vários autores.

Outros organizadores: Lia Cristina Campos Pierson, Lilian Regina  
Gabriel Moreira Pires, Maria de Fátima Monte Maltez, Martha Solange  
Scherer Saad.

ISBN 978-85-88605-05-3

1. Adolescentes e violência 2. Avaliação psicológica 3. Crianças  
e violência 4. Direito das crianças 5. Violência - Aspectos sociais  
6. Violência familiar 7. Vítimas da violência familiar I. Pires, Antônio  
Cecílio Moreira. II. Pierson, Lia Cristina Campos. III. Pires, Lilian Regina  
Gabriel Moreira. IV. Maltez, Maria de Fátima Monte. V. Saad, Martha  
Solange Scherer.

16-07666

CDD-362.7

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Adolescentes : Violência : Problemas sociais 362.7
2. Crianças : Violência : Problemas sociais 362.7

# Sumário

## Prefácio

### Parte I – VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM PROBLEMA SOCIAL

- 1 · Violência e [ideologia jurídica]: a criança e o adolescente [na formação social capitalista]  
*Luiz Ismael Pereira*
- 2 · A violência contra a criança e o adolescente no Brasil – contribuições para o debate  
*Lia Cristina Campos Pierson*
- 3 · Escola e violência: o desafio da construção da Cultura da Paz  
*Michelle Asato Junqueira*
- 4 · A fragilidade da criança e do adolescente vítimas de abuso – avaliação psicológica  
*Ivone Maria Orsini Martinelli*

### Parte II – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- 5 · Direitos humanos fundamentais e garantias constitucionais da criança e do adolescente: uma leitura da doutrina da proteção integral das nações unidas para a infância  
*Antônio Ernani Pedroso Calhao*
- 6 · O papel do comitê da ONU para os direitos da criança no controle e na difusão das políticas públicas  
*Gustavo Ferraz de Campos Monaco*
- 7 · As crianças, sua presença/ausência na legislação brasileira e a construção do direito à integridade física, à educação e à convivência familiar  
*Ana Elisa S. Q. Assis, Emerson B. Ferreira, Gabriela G. de C. Tebet*

*e Rosana Guarnieri*

- 8 · ECA como uma rede principiológica: a interpretação construtiva dos direitos da criança e do adolescente, e a compreensão teleológica da Lei Menino Bernardo

*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci e Andrea Boari Caraciola*

### Parte III – A INSERÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA AGENDA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – A LEI MENINO BERNARDO

- 9 · As políticas públicas e a Lei Menino Bernardo

*Antônio Cecílio Moreira Pires e Lilian Regina Gabriel Moreira Pires*

- 10 · Violência doméstica contra crianças e adolescentes, e políticas públicas – a Lei Menino Bernardo

*Gianpaolo Poggio Smanio*

### Parte IV – RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS NO CONTEXTO NORMATIVO FAMILIARISTA

- 11 · Proteção à criança e ao adolescente e seus reflexos nas relações paterno-filiais

*Martha Solange Scherer Saad*

- 12 · A “Lei da Palmada” em face da tutela da criança e do adolescente no Brasil contemporâneo

*Rodrigo Amaral Paula de Méo*

- 13 · A repressão à prática da alienação parental como forma de garantir os direitos da criança e do adolescente

*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel*

- 14 · Órfãos de pai vivo: quando o abandono efetivo e a alienação parental se encontram

*Natália Matschinske de Almeida*

### Parte V – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

15 · Tutela penal da criança e do adolescente

*João Paulo Orsini Martinelli e Carolina dos Reis Silva Amaral*

16 · O Estatuto da Criança e do Adolescente e o acesso à justiça

*Carlos Augusto de Assis e Maria de Fatima Monte Maltez*



## Prefácio

Tendo como tema principal a violência contra a criança e o adolescente nos universos familiar, social e jurídico, os colaboradores convidados a participar deste livro buscaram delinear a realidade atual envolvendo medidas garantidoras da proteção integral e prioritária desses sujeitos em desenvolvimento, à luz do artigo 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para tanto, necessário se fez abordar a evolução das reflexões e dos estudos sobre a convivência da criança e do adolescente nos ambientes familiar e social, com ênfase na violência de que são vítimas a partir de condutas abusivas advindas dos indivíduos que deles cuidam ou que, de alguma forma, são por eles responsáveis.

Os organizadores desta obra tiveram como ponto de partida a experiência no Grupo de Pesquisa MackPesquisa, da qual resultou a produção de uma cartilha que visa auxiliar a compreensão da arte de educar e estabelecer limites, de modo a prevenir as consequências advindas da conduta infratora e fornecer esclarecimentos sobre elas.

O contato com o tema, sem dúvida, foi muito enriquecedor, levando os coordenadores a empreender um estudo mais aprofundado, agora contando com a colaboração de colegas de diferentes áreas, o que permitiu uma abordagem interdisciplinar sobre a questão, ampliando sensivelmente a visão que se pode ter dos problemas envolvidos e dos meios de prevenção e solução de conflitos, considerando o princípio da cooperação que orienta a ação de todos aqueles que têm o dever de zelar pela observância dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes: família, sociedade e Estado.

A vida das crianças na sociedade brasileira tem o ritmo

da vida de seus pais, os quais vivem em um sistema capitalista que exige deles quase todo o tempo e dedicação. Isso para que possam sobreviver, pagar as contas e educar seus filhos. Com isso, os inevitáveis conflitos aparecem e se espalham por todos os setores da vida em sociedade, obrigando o Estado a intervir cada vez mais na vida dos cidadãos, seja por meio da legislação, seja por meio de políticas públicas e pela criação de equipamentos sociais que possam dar sustentação ao árduo trabalho de formar novas gerações educadas e saudáveis. Nesse panorama, o combate à violência contra a criança e o adolescente é tema de importância capital para o sucesso dessa tarefa.

Uma primeira visão da violência contra criança foi aquela que refletiu sobre a influência da ideologia que permeia a apreensão da questão na perspectiva da crítica da formação social capitalista. A inserção da violência contra a criança na pauta dos problemas sociais e o surgimento dos marcos legais do seu combate completaram-se com o estudo do aparecimento da criança na legislação brasileira em normas relacionadas à construção dos direitos protegidos na Lei nº 13.010/2014.

Outro aspecto importante da violência contra a criança e o adolescente relaciona-se à experiência escolar, lugar de reprodução, entre outras, das vivências domésticas na forma de agressões e *bullying*. A Cultura da Paz se apresenta como opção para efetivar uma solução para esse grande problema que atinge tanto docentes como discentes no ambiente escolar.

Particularizar a criança vítima de violência e sua fragilidade diante da situação de sua avaliação psicológica foi a oportunidade de trabalhar o impacto emocional de tais vítimas e o seu encaminhamento para acompanhamento psicológico para minimizar as marcas emocionais. Grande oportunidade de contato com a dor dessas pessoas em desenvolvimento que têm seus direitos de personalidade mais básicos desrespeitados.

Quanto aos marcos legais relacionados aos sujeitos-alvo de direitos e garantias fundamentais em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento e de seu estado econômico-so-

cial, optou-se por examinar inicialmente a doutrina na qual se baseia todo esse movimento mundial de amparo e assistência. Trata-se da doutrina da proteção integral da criança e de sua expressão constitucional na lei maior brasileira, além de sua inserção no panorama dos direitos humanos fundamentais de crianças e adolescentes, objeto de atenção do Comitê da ONU para os direitos da criança para difundir as práticas e políticas públicas de proteção dessas pessoas em desenvolvimento por meio de uma visão estendida de tais ações.

A compreensão das intenções da Lei nº 13.010/2014 e a observação da forma como foram construídos os direitos declinados no ECA forneceram uma nova visão desta legislação: uma rede principiológica, para maior segurança dos argumentos jurídicos na aplicação de tais direitos.

Considerando as políticas públicas como instrumento de efetivação da proteção à criança e ao adolescente, os estudos deste livro apresentam questões da base jurídica desse amparo, as redes de proteção criadas para além do fato policial mais visível, valiosas informações sobre o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda) e os conselhos tutelares, e análise jurídica de suas vinculações aos poderes e consequências na implementação de políticas públicas.

Faz-se ainda uma análise da Lei Menino Bernardo, como ficou conhecida a Lei nº 13.010/2010, tendo como foco as políticas públicas claramente explicitadas em seu texto, que, além de esclarecimentos valiosos, põe por terra a ideia popularmente difundida de que o diploma legal trata apenas da proibição de castigos físicos, razão pela qual recebeu outro nome: Lei da Palmada.

Cientes de que há muito a se fazer a respeito da percepção dessa modalidade de violência por adultos e crianças, os estudos encaminharam-se para o terreno das relações familiares com o intuito de esclarecer as motivações da violência doméstica e as respostas do ordenamento jurídico nesse campo. A proteção à criança e ao adolescente vem mudando as relações paterno-filiais

tanto no terreno pessoal e familiar como na seara judicial. Não se esqueceu, tampouco, da discussão dos limites entre o público e o privado quando se trata de relações familiares e da proibição de castigos físicos, a face mais visível da Lei nº 13.010/2010.

No caminho da interferência do Estado nas relações familiares, veio a Lei nº 12.318/2010 que combate a prática da alienação parental que pode trazer efeitos danosos importantes para os filhos de um casamento doente ou que terminou mal. Ainda nessa temática, o abandono afetivo foi examinado nos seus limites com a alienação parental.

Examinando a questão penal, foram estudados os crimes do Código Penal que se relacionam com a violência contra crianças e adolescentes, em que eles são a vítima cuja principal característica é a vulnerabilidade.

Os caminhos processuais quanto à violência contra crianças e adolescentes foram examinados levando em conta aspectos processuais mais relevantes relativos à busca de proteção à criança e ao adolescente, exercidos a partir da propositura de medida judicial na esfera cível.

*Antônio Cecílio Moreira Pires*

*Lia Cristina Campos Pierso*

*Lilian Regina Gabriel Moreira pires*

*Maria de Fatima Monte Maltez*

*Martha Solange Scherer Saad*

## Parte 1

# VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM PROBLEMA SOCIAL



# VIOLÊNCIA E [IDEOLOGIA JURÍDICA]: A CRIANÇA E O ADOLESCENTE [NA FORMAÇÃO SOCIAL CAPITALISTA]

*Luiz Ismael Pereira*<sup>1</sup>

“Entre direitos iguais, quem decide é a força”  
(MARX, 2013, p. 309).

“A burguesia encara a sua prole enquanto herdeiros; os deserdados, porém, a encaram enquanto apoio, vingadores ou libertadores”  
(BENJAMIN, 2012, p. 122).

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2015, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), legislação federal brasileira que se propõe a dar conta da proteção do desenvolvimento físico, psicológico, mental e familiar da criança e do adolescente – até então juridicamente dado como “menores” – completa 25 anos. Nesse meio tempo, o ECA é modificado pela Lei Menino Bernardo, também apelidada Lei da Palmada – Lei Federal nº 13.010, de 26 de junho de 2014 –, que entra em vigor para punir qualquer pessoa que se utilize de “castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e mestre em Direito Político e Econômico pela mesma instituição. Bolsista Capes/Prosup. Consultor jurídico do Instituto Luiz Gama e advogado.

de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto”. O sentido da modificação é a proteção da integridade física da criança e do adolescente mediada pelo Estado e pela politização das relações sociais intrafamiliares.

Este capítulo não se concentra, apenas, na leitura positivista do ordenamento brasileiro ou mesmo em sua mera crítica que, por vezes, redundando somente na humanização da leitura da Constituição, da lei, do decreto. Este trabalho se une a outros dois – “Direitos humanos e capitalismo” (PEREIRA; ERKERT, 2014) e “A criança e o adolescente no Pós-Consenso de Washington: o ideal jurídico frente à realidade política” (PEREIRA; SOUZA, 2015) – e, embora forme um caminho do teórico ao analítico, do geral ao particular, não fica preso a eles. Pretende-se a unificação teórica do papel da violência na construção da ideologia jurídica, o que poderá ser um meio caminho do geral teórico (e importante base crítica) ao particular de aplicação imediata ao caso da criança e do adolescente.

Como análise teórica do papel da violência estrutural da sociedade de classes na formação do sujeito de direito, ou no sujeito em desenvolvimento, o referencial teórico é marxiano e marxista. Se o materialismo histórico e o dialético se apresentam como meios de análise social efetivos, e cremos que a efetividade dessa análise está correta, é necessária a compreensão da sociedade como campo de conflito, seja de formas sociais capitalistas ou pré-capitalistas, e que possui um objetivo: a reprodução do capital.

Aqui é necessário recolocar uma questão importante: Karl Marx, em momento algum, pelo menos não na maturidade, ignorou que há uma convivência entre a sociabilidade capitalista e formas sociais que são antecessoras a ela. Patriarcalismo, machismo, racismo, nacionalismo ou outras figuras mais. O que se percebe a partir da modernidade, e nisso Marx foi contundente, a sociabilidade capitalista vai se hegemonizando, tornando-se dominante das demais formas, reformatando-as para o cumprimento daquele objetivo já lançado: a reprodução

do capital. Há uma lógica geral que independe das vontades particulares. Essas questões que podem não agradar de imediato aos capitalistas individuais tendem a semear o campo de cultivo do capitalismo humanista.

Dito isso, a seguir, trataremos da transposição teórica do sujeito de direito à figura do sujeito em desenvolvimento: a criança e o adolescente entram para a história da formação social capitalista; posteriormente, veremos como a violência não pode ser encarada como circunstancial, mas sim como necessária na sociedade de classes, em especial na capitalista; por fim, traçam-se possíveis meios de se pensar um programa político-acadêmico de superar a violência do próprio capitalismo.

## 2. CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO

O sujeito de direito é o cidadão moderno. Essa declaração direta merece uma explicação detalhada em três pontos: primeiro, o que significa a sujeição direta e a indireta; segundo, de que forma essa melhora na condição tem como contrapartida a violência do próprio capitalismo; e, terceiro, qual o papel da educação no capitalismo, em seu sentido lato.

O cidadão se apresenta para agir; assim o faz com uma intencionalidade dupla: pelo todo e para si. Pelo todo, o cidadão atua ativamente por meio da representatividade política na sociabilidade capitalista. Também o faz por meio da participação que nem sempre se resume a referendar as decisões políticas de seus representantes: “O que é o cidadão senão o indivíduo despojado de seus liames de classe, despojado de sua ‘particularidade’, o indivíduo ‘universal’ que participa do Estado?” (NAVES, 2008, p. 83). A universalidade é a marca dessa garantia cidadã: o cidadão mantém seus interesses imediatos reservados ao campo das relações privadas, à ética; na política, deve atuar em benefício geral, em primeiro lugar.

Para si, a intenção da atuação também é voltada a si. De

forma imediata, a abstração da proteção jurídica de suas ações leva, também, aos ganhos dessa proteção. Não à toa, os direitos de cidadania não só devem ser declarados e garantidos em abstrato; é obrigação do Estado (entendido como o Estado social e democrático de direito) a concretização de tais direitos de cidadania por meio de políticas públicas. O cidadão tende a usufruir de imediato, na vida privada, as benesses dessa ação política. De Thomas H. Marshall a José Murilo de Carvalho, os que se dedicaram ao cidadão perceberam que direitos civis, políticos e sociais, na ordem que melhor captaram, precisam ser realizados, sentidos, vividos.

Esse mesmo indivíduo em abstrato, esse cidadão que age e recebe proteção, é identificado por Pachukanis (1988) como a centralidade das relações jurídicas. Se, para a economia, o núcleo de sua atenção deve ser a mercadoria (produção e circulação, ganho de mais valor etc.), para o direito, as atenções são voltadas ao sujeito de direito.

A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma “enorme coleção de mercadorias”, e a mercadoria individual como sua forma elementar. Nossa investigação começa, por isso, com a análise da mercadoria (MARX, 2013, p. 113).

Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor. É por essa razão que começamos nossa análise pelo sujeito. [...] Para Marx análise da forma do sujeito tem origem imediata na análise da mercadoria (PACHUKANIS, 1988, p. 68-70).

Essa identificação fica imediata na obra de Pachukanis (1988) e de todo marxismo jurídico que o acompanha: mercadoria e sujeito de direito, valor e subjetivação jurídica, e capitalismo e direito são três momentos, três graus de generalizações do mais simples ao mais complexo que existem por meio de

uma correlação típica. Por que, mais uma vez, devemos pensar em sujeito de direito ao falarmos da criança e do adolescente?

A sujeição no modo de produção escravagista não se dava da mesma forma que o feudal ou o capitalista. De um modo simplista e imediato, quem eram, pois, os escravos na Antiguidade a não ser os que perdiam as guerras ou contraíam dívidas sem poder solvê-las? Vale lembrar o estudo de Moses Israel Finley (2013) intitulado *Economia e sociedade na Grécia antiga*. Como destaca Finley (2013, p. 109), se é verdade que “em todas as épocas e em todos os lugares o mundo grego apoiou-se em alguma forma (ou formas) de trabalho servil”, também “com raras exceções, sempre havia um número substancial de homens livres envolvidos no trabalho lucrativo”. O que ocorria, ao fundo, é que “a escravidão predominava na agricultura na medida em que era usada numa ordem que transcendia o trabalho do proprietário e seus filhos” (FINLEY, 2013, p. 113).

Mas quem eram os escravos? A escravidão era uma posição social “aos olhos da lei e da opinião pública, com relação a todas as partes, a propriedade, os bens pessoais, um outro homem” (FINLEY, 2013, p. 109). *Dmos, doúlos, andrapoda, oikeus, oiketes, oikiatas*, diversos vocábulos no grego antigo demonstram o uso servil, ligado à realização de trabalhos domésticos ou agrícolas, base da produção econômica (*oîkos*).

De modo geral, o escravo propriamente dito era a figura decisiva (com a virtual exclusão das outras) nas comunidades econômica e politicamente avançadas; já a “hilotagem” e a escravidão decorrente de dívidas eram encontradas nas comunidades mais arcaicas, como Creta, Esparta ou Tessália, na mesma data tardia, ou então na Atenas do período anterior a Sólon. Há também alguma correlação, embora não perfeita, entre as várias categorias de trabalho dependente e sua função. A escravidão foi a mais flexível das formas, adaptável a todos os tipos e níveis de atividades, enquanto a “hilotagem” e as demais adaptavam-se melhor à agricultura, ao pastoreio e aos serviços domésticos que à manufatura e ao comércio (FINLEY, 2013, p. 111).

Vale dizer: a forma produção predominante na Antiguidade era a escravidão. A dominação, ou sujeição, era direta, ou seja, tinha o senhor poder sobre o corpo do escravo. Não de forma tão diferente, a figura da sujeição direta entra no feudalismo ou na produção por meio da servidão. Focando apenas as causas epistemológicas para tanto, lembramos o pensamento predominante na época: o cristianismo de Paulo de Tarso. Na Epístola aos Romanos, ele declarará que os cristãos devem *se submeter* aos governantes como *se submetem* a Deus<sup>2</sup>. Sua influência será forte na Idade Média.

Uma vez que era ausente na Idade Média o conceito abstrato de sujeito jurídico, a idéia de uma norma objetiva, conduzida a um círculo indeterminado e alargado de pessoas, confundia-se igualmente com a instituição de privilégios e de liberdade concretas (PACHUKANIS, 1988, p. 78).

Mais uma vez, a sujeição é direta, imposta pelas necessidades de proteção e espaço para plantação, e, dessa forma, os servos são obrigados a trabalhar para o senhor feudal e a se submeter aos desmandos deste: talha, corveia, banalidades e a mão-morta são apenas alguns dos exemplos de taxas pagas por sua sobrevivência. Essa forma de produção entra na Idade Moderna, mas após ela não sobreviverá. A sujeição passa a ser indireta, por meio da própria norma jurídica, abstrata, geral, de aplicação a todos e contra todos. Seu garante é um Estado que se apresenta como neutro nas relações sociais (separação entre política e economia passa a ser característica do capitalismo). Se há sujeição, a partir de então, esta será por meio do direito. Ser sujeito apenas de direito!

---

<sup>2</sup> Carta aos Romanos, capítulo 13: “Todo homem esteja sujeito às autoridades superiores; porque não há autoridade que não proceda de Deus; e as autoridades que existem foram por ele instituídas. De modo que aquele que se opõe à autoridade resiste à ordenação de Deus; e os que resistem trarão sobre si mesmos condenação”.

Foi apenas depois do total desenvolvimento das relações burguesas que o direito passou a ter um caráter abstrato. Cada homem torna-se homem em geral, cada trabalho torna-se um trabalho social útil em geral e cada sujeito torna-se um sujeito jurídico abstrato. Ao mesmo tempo, também a norma se reveste da forma lógica acabada e lei geral e abstrata (PACHUKANIS, 1988, p. 78).

A criança e o adolescente são figuras reconhecidas, já no estágio desenvolvido das forças de produção capitalistas, como o próprio sujeito em desenvolvimento. O que seria das mercadorias sem os sujeitos? Não haveria produção e circulação de mercadoria sem o trabalho socialmente útil, já diria Marx (2013). Portanto, a lógica geral do capitalismo é a de manutenção das relações de produção por meio, também, da proteção ao sujeito de direito, mesmo que contra as vontades pessoais dos capitalistas. Segundo Marx (2013, p. 136),

O segredo da expressão do valor, a igualdade e equivalência de todos os trabalhos porque e na medida em que são trabalho humano em geral, só pode ser decifrado quando o conceito de igualdade humana já possui a fixidez de um preconceito popular. Mas isso só é possível numa sociedade em que a forma-mercadoria [*Warenform*] é a forma universal do produto do trabalho e, portanto, também a relação entre os homens como possuidores de mercadorias é a relação social dominante.

Nesse trecho, Marx (2013) demonstra maturidade em relação ao texto de juventude em que critica os direitos humanos como corolário do direito à propriedade privada (*Sobre a questão judaica*). Nesse momento, reconhece que os direitos chamados inatos, naturais, são na verdade condição de possibilidade da própria produção da mercadoria, não apenas um espectro da propriedade. Como já dissemos sobre essa primeira crítica:

Marx destaca, claramente, a “outra parte dos direitos humanos,

os *droits de l'homme* [direitos do homem], na medida em que são distintos dos *droits du citoyen* [direitos do cidadão]”. Mais à frente, continua uma série de questionamentos com o fim de entender por que esse sujeito é chamado de homem e quem é esse homem. O esclarecimento (*Aufklärung*) como projeto de encaminhamento do homem à sua maturidade, também chamada emancipação política, teve como objetivo levar o indivíduo burguês ao centro do conhecimento, “mônada isolada recolhida dentro de si mesma”. O homem burguês se apropriou dos instrumentos da época das revoluções para a construção do ideal humano individualista, com o fim de proteger, unicamente, as relações de produção que se erguiam (PEREIRA; ERKERT, 2014, p. 35).

No Marx (2013, p. 122) maduro, trata-se de um “processo social que corre pelas costas dos produtores e lhes parecem, assim, ter sido legadas pela tradição”.

Para Walter Benjamin (2012, p. 121), criação e educação, no âmbito da convivência familiar ou social, a criança e o adolescente são forjados para que possam se tornar “o homem integral, o cidadão”. Por isso sua insistência para a criação de uma pedagogia comunista ou livre das construções fetichistas do capitalismo – seja no âmbito mais estrito ou geral da formação. Haverá, para ele, uma oposição dialética: de um lado, o “homem integral, cidadão”, ou sujeito de direito em desenvolvimento, abstrato e de aspecto geral como o adulto já formado; de outro, o “apoio, vingadores ou libertadores”, cuja pedagogia foi para além, reconhecida como “uma função da luta de classes” (BENJAMIN, 2012, p. 123).

Benjamin (2012) parece não reconhecer claramente o papel do ordenamento jurídico como arma na luta de classes, claro, em função dos que tomam o Estado em seu favor. Talvez esse fato decorra de as classes se tornarem marxistas a partir de Lukács em *História e consciência de classes* ou mesmo por fazerem uma leitura heterodoxa de Marx (especialmente no Benjamin de *Das Passagen-Werk*). Demonstrando que o direito é sim arma na luta

de classes, comentamos em outra oportunidade:

Tais políticas de constituição de direitos acompanharam o momento histórico ditado pela relação de produção capitalista. O capital, necessitando circular, determina a concessão de direitos, ao mesmo tempo em que também permite a sua retirada. Fato é que o neoliberalismo acompanhou uma política de mitigação do bem-estar social, culminando no alargamento da crise dos anos 1970 que persiste em não acabar. A filosofia conservadora do direito limitou-se, nesse ínterim, a focar-se no sujeito de direito sem levar em consideração outros fatores materiais da luta de classes. Ela foi cúmplice com o neoliberalismo, exatamente, porque o direito acompanha o momento histórico que convém ao desenvolvimento do capital. O que se deve deixar claro é que uma filosofia burguesa do Direito que coloque a autodeterminação do sujeito no centro de suas investigações possui um papel bem definido: atingir o inconsciente das pessoas, as quais depositam suas confianças de emancipação no aparato legal e jurídico construído para proteger, em última instância, unicamente, o capital (PEREIRA, 2014, p. 201).

Assim, visto até aqui o papel da construção jurídica da criança e do adolescente, bem como seu papel ideológico, isto é, de prática diária e constante que tende a impedir a leitura imediata do real – Althusser (2012) e Edelman (1976)<sup>3</sup> –, basta

---

<sup>3</sup> “Não existe aparelho puramente ideológico. [...] Agir por leis e decretos no Aparelho (repressivo) do Estado é outra coisa que agir através da ideologia dominante nos Aparelhos Ideológicos do Estado” (ALTHUSSER, 2012, p. 70-71). Em continuidade à teoria de Althusser (2012), Edelman (1976, p. 20) dirá “que a ideologia jurídica só é efetiva através do seu funcionamento, e que o conhecimento concreto do seu funcionamento é o próprio conhecimento técnico da ideologia. Mais precisamente: separar a teoria geral do direito da prática do direito produz efeitos teóricos e práticos incalculáveis: o abandono ao direito do próprio terreno que ele reivindica”. O Estado se utiliza de uma faceta prática, uma técnica jurídica, para a atuação da ideologia no campo material: o monopólio da jurisdição e o acesso à justiça, o sufrágio universal, a hermenêutica constitucional para a concretização de “direitos a”, o sistema prisional, a imposição de regras vexa-

vermos como a violência sistemática e sistêmica dos modos de produção capitalistas impede de imediato a projeção do fim da violência física, emocional, cultural e econômica.

### 3. VIOLÊNCIA QUE SE NUTRE DA SOCIEDADE DE CLASSES

No ensaio “Zur Kritik der Gewalt” (“Para uma crítica da violência/do poder”), Walter Benjamin (2011) apresenta a repugnância do direito contra a instituição da violência como instituidora de um contradireito. Do alemão *Gewalt*, a violência pode ser também traduzida como poder. Benjamin (2011) apresenta essa ambiguidade que é também assumida e criticada por Adorno em *Dialética negativa*: o direito se impõe a partir do Estado como instituidor de ordem, não permitindo concorrências, seja na vida pública, seja na vida privada<sup>4</sup>.

“Esta ordenação jurídica”, diz Benjamin (2011, p. 126),

[...] empenha-se em erigir, em todos os domínios em que os fins dos indivíduos só podem ser adequadamente alcançados por meio da violência, fins de direito que apenas o poder jurídico

---

tórias no encarceramento de adolescentes (o que de fato ocorrer com aqueles em situação de infração da lei) etc.

<sup>4</sup> “O direito é o fenômeno primordial de uma racionalidade irracional. Nele, o princípio formal da equivalência transforma-se em norma e insere todos os homens sob o mesmo molde. Uma tal igualdade, na qual perecem as diferenças, favorece sub-repticiamente a desigualdade; um mito que sobrevive em meio a uma humanidade que só aparentemente é desmitologizada. As normas jurídicas excluem o que não é coberto por elas, toda experiência não pré-formada do específico em virtude da sistemática sem quebras, e elevam então a racionalidade instrumental a uma segunda realidade *sui generis*... esse enclave, ideológico em si mesmo, exerce por meio das sanções do direito enquanto instância social de controle uma violência real que atinge sua plenitude no mundo administrado” (ADORNO, 2009, p. 258-259).

pode desse modo realizar.

Os excessos de violência, inclusive no campo da educação, seriam substituídos pela atuação do poder jurídico: “O direito considera a violência nas mãos dos indivíduos um perigo capaz de solapar a ordenação de direito [...] por sua mera existência fora do direito” (BENJAMIN, 2011, p. 127).

O que se percebe do ensaio é que a violência vai além do campo da força física. A própria instituição de poder e força dobra o conceito de violência para os campos político, social e das relações privadas.

Portanto, longe de buscar uma forma excêntrica gratuita, a extensão da noção de violência está baseada em um *insight* teórico fundamental, enquanto a limitação da violência a seu aspecto físico diretamente visível, longe de ser “normal”, depende de uma distorção ideológica. [...] É difícil ser realmente violento, realizar um ato que perturbe violentamente os parâmetros básicos da vida social (ŽIŽEK, 2014, p. 11-12).

Por isso, lançamos a tese, não inteiramente nova, nem mesmo inteiramente nossa, de que a violência praticada contra a criança e o adolescente não se assenta, apenas, nas agressões físicas que podem gerar hematomas; agressões psicológicas, causadoras de distúrbios sociais ou do desenvolvimento; ou mesmo agressões emocionais, como no caso do abandono. Acreditamos que tais meios de violência só têm lugar numa sociedade narcísica que toma a produção e o desenvolvimento de desejos o fim das relações políticas e privadas. Uma sociabilidade em que a construção da educação tem como objetivo a organização para a satisfação do sujeito de direito no preenchimento desses próprios direitos. Uma razão social do “direito a...”, não da efetiva realização das necessidades materiais. A sociedade de classes, especificamente aqui tomada como a capitalista, é violenta estruturalmente, não podendo se fugir disso por meio de decretos.

Percebe-se o papel dessa estrutura de violência na formação da criança e do adolescente quando se toma como partida que há uma imediata relação entre interação social e desenvolvimento psíquico. Para Vigotski (2007, p. 11), essa relação é necessária, pois dará origem “às formas puramente humanas de inteligência prática e abstrata”. Se a criança controla o ambiente por meio da fala, e nele se espelha durante o desenvolvimento desta, as interrupções ou imperfeições serão percebidas em seu desenvolvimento psíquico e social.

A violência contra a criança e o adolescente tende a levar a atitudes de violência social, abuso de drogas durante a fase de crescimento e desenvolvimento da personalidade, evasão escolar, prostituição etc. Em parte, os fatores que explicam são familiares, mas em grande medida socioeconômicas.

Em estudo a partir do caso de mães agressoras, destacou-se o impacto da pobreza no desenvolvimento de tal quadro:

Chamamos a atenção para as experiências vivenciada por estas mulheres [isto é, que são violentas com seus filhos] na infância, ou seja, um passado marcado por desestruturação familiar, em que se somam perdas de entes queridos, situação de pobreza, alcoolismo e uso de drogas na família, além de muita violência (BITTAR, 2012, p. 777).

A violência contra a criança e o adolescente é reflexo do próprio modo de produção capitalista. Abusa-se dos pais e das famílias, primeiro local da educação; determina-se a satisfação dos desejos acima de tudo; tende-se a moer os corpos do trabalhador que se desgasta e fica sujeito à ideologia que apenas se preocupa com a reprodução do capital, o *dark Satanic mills* de Blake e Polanyi; a superação da condição de suscetibilidade violenta só se dará numa revolucionarização da sociedade. O impacto desse projeto pode ser sentido desde já na educação para a consciência da classe explorada, mas somente se tornará efetiva num estágio avançado da sociabilidade humana.

#### 4. *LARGO – ALLEGRO GIUSTO*: CONCLUSÕES PARA UM PROJETO POLÍTICO-ACADÊMICO

Pensar em violência sem pensar em poder seria *nonsense*, pois ambos têm a mesma origem (*Gewalt*), objetivam o mesmo, agem como a mesma face da moeda.

A violência que choca Clarice Lispector ao saber da história de José Miranda Rosa, o Mineirinho; a que nos atordoa com a morte do menino Bernardo; a que nos repugna com a chacina da Candelária; a que nos torna impotente na do Carandiru; a que nos torna alertas com o rapto de centenas de meninas nigerianas; ou a que nos faz sangrar com o genocídio da juventude negra... É a mesma que invade o Iraque pela democracia; a que devasta a América Latina pelas crianças e pelos adolescentes que os Estados Unidos nem ao menos reconheceram; a que mantém 99% de toda a riqueza do mundo na mão de apenas 1% da população; ou mesmo a que sustenta o restabelecimento de bancos privados diante da crise do capital.

Todos esses exemplos devem nos chocar na mesma proporção, nenhum é menor do que o outro.

O capitalismo não pode ter sido bem-sucedido, não se esses padrões de ação social são a regra. Sua ambição por poder trouxe violência sistêmica e sistemática. A criança e o adolescente sobrevivem nesse ambiente de concorrência, desejos, propagandas e violência econômica que se projeta também em física, mental e emocional. Frise-se: não há diferença.

Se, como comentamos, a estrutura social precisa necessariamente ser alterada para a superação da condição de vulnerabilidade, se não há superação por meio de decretos, é possível construir uma melhora por meio da educação da consciência da classe explorada, pois, como infelizmente nos lembrou Sartre (s. d., p. 18), “não basta ser oprimido para crer-se revolucionário”.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. W. *Dialética negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de Estado: notas sobre aparelhos ideológicos de Estado*. 12. reimp. Tradução Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.
- BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: \_\_\_\_\_. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Duas Cidades, Editora 34, 2011.
- \_\_\_\_\_. Uma pedagogia comunista. In: \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação*. São Paulo: Duas Cidades, Editora 34, 2012.
- BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- BITTAR, D. B. et al. Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes na percepção de mães agressoras. *Revista Eletrônica de Enfermagem*, Goiânia, v. 14, n. 4, p. 771-778, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fen.ufg.br/revista/v14/n4/v14n4a04.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2015.
- CHOMSKY, N. *O lucro e as pessoas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- EDELMAN, B. *O direito captado pela fotografia*. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.
- FINLEY, M. I. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- MARX, K. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2013. v. 1.
- NAVES, M. B. *Marxismos e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- PACHUKANIS, E. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PEREIRA, L. I. A estrutura jurídica do moinho satânico: a luta de classes que Polanyi não encarou. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 191-205, mar./ago. 2014.
- PEREIRA, L. I.; ERKERT, J. E. von. Direitos humanos e capitalismo.

In: ANDREUCCI, A. C. P. T. et al. *Direitos humanos: perspectivas e reflexões para o século XXI*. São Paulo: LTr, 2014.

PEREIRA, L. I.; SOUZA, P. B. A criança e o adolescente no Pós-Consenso de Washington: o ideal jurídico frente à realidade política. In: ANDREUCCI, A. C. P. T.; CARACIOLA, A. B.; JUNQUEIRA, M. A. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos*. São Paulo: LTr, 2015. v. 1, p. 43-54.

SARTRE, J. P. *Materyalismo y revolución*. Buenos Aires: La Pléyade, [s. d.]

VIGOTSKI, L. *A formação social da mente*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ŽIŽEK, S. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Boitempo, 2014.



# A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL – CONTRIBUIÇÕES PARA O DEBATE

*Lia Cristina Campos Pierson*<sup>1</sup>

## 1. A VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO UM PROBLEMA SOCIAL

As raízes da violência por certo não se encontram em uma única razão. Não se pode dizer que apenas um único fator possa ser o que provoca o fenômeno do comportamento violento ou que explique por que há mais violência em determinado grupo humano que em outro. É a interação de diversos fatores, de natureza individual, relacional, social, ambiental, que regularmente estão presentes quando ela se apresenta. Compreender as razões pelas quais esses fatores se relacionam e como estão ligados à produção do comportamento violento é tarefa dos estudiosos de várias áreas do conhecimento. Nesse campo, temos a criança e o adolescente, frágeis seres em crescimento que podem se tornar tanto vítimas da violência como, depois

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e graduada em Psicologia pela Universidade São Marcos. Professora de Psicologia Jurídica da Faculdade de Direito da UPM, membro do Grupo de Pesquisa MackPesquisa “Violência contra Crianças e Adolescentes” e coordenadora do grupo de estudos “Família e felicidade: objeto e objetivo” na Faculdade de Direito da UPM.

de adultos, protagonistas dela.

Na intenção de trazer colaboração para o debate do tema da violência contra a criança e o adolescente, estabelecemos um percurso que se inicia com a seguinte afirmação: “a violência contra a criança e o adolescente é um problema social”. Como ela chegou a esse *status*?

Para iniciarmos a abordagem da questão, lançamos mão das teorias da psicologia social e da sociologia desenvolvidas por Hilgartner e Bosk (1998). Na sequência, utilizamos as ideias desenvolvidas por Zelizer (1994), que fazem parte de uma série de estudos em economia que terminou por encontrar repercussões em um grande número de outros campos do conhecimento, entre eles a então “novel” sociologia da infância, estabelecida em 1992 pela Associação Americana de Sociologia, que “afinal estavam dando atenção sistemática à vida social das crianças”, observando-as, como dito por Thorne (1993, p. 238), não apenas como “a próxima geração de adultos”, mas também como “atores sociais competentes que têm um papel ativo na formatação de suas experiências cotidianas”.

Uma vez abordados os aspectos psicossociais e sociológicos do tema, passamos a estudar o cenário da entrada do problema da violência contra crianças na agenda das políticas públicas, seu marco legal e a produção científica pertinente.

A compreensão desse fato necessita de alguma informação relativa ao ingresso de um fenômeno no campo daquilo que a sociedade considera um problema social.

A mobilização dos atores sociais por meio de diversas estratégias, como a participação da mídia e o uso da retórica dramática, está relacionada aos recursos que podem elevar um problema à categoria de “problema social” para então passar a integrar a agenda das políticas públicas.

De acordo com Blumer (1971), “os problemas sociais são projeções de sentimentos coletivos e não meros reflexos de uma realidade objetiva”. Essa afirmação encontra base no in-

teracionismo simbólico<sup>2</sup>, uma perspectiva teórica que propicia captar a maneira pela qual os sujeitos interpretam os objetos e as outras pessoas com quem interagem, e como essa maneira de interpretar conduz o comportamento individual em situações específicas.

Sob esse ponto de vista, o problema só se torna social e pode concorrer a um lugar nas políticas públicas se encontrar os atores sociais dispostos a percorrer o caminho do fato até sua condição de “problema social”.

Estão presentes nesse processo elementos consubstanciados em um modelo explicativo que determina certo percurso para os problemas, por meio de um processo dinâmico em que as reivindicações sobre problemas competem em círculos institucionais cuja capacidade de alcance funciona como limitador do ingresso dos problemas em determinado momento.

Se um fato qualquer alcançar determinado círculo institucional e nele crescer e ganhar publicidade, poderá atingir a condição de problema social. No nosso foco: crianças e adolescentes – todos os dias, há crianças nas ruas, adolescentes fugindo da escola e cometendo atos infracionais. O ingresso desse fato na pauta do público depende de atores que o coloquem em evidência. Se um político em campanha eleitoral, diante de uma tragédia ocorrida com uma criança morta por um padrasto, levanta a bandeira da proteção das crianças, há chance de o problema ocupar outras arenas como a mídia televisiva ou as redes sociais, e daí sensibilizar uma organização não governamental (ONG) e iniciar-se um abaixo-assinado com vistas a uma mudança na legislação.

---

<sup>2</sup> Blumer foi criador da expressão “interacionismo simbólico”, segundo a qual as pessoas agem em relação às coisas com base no significado que estas tenham para aquelas, e esses significados são resultantes da interação social desses indivíduos e modificados pela interpretação deles. A influência, na interação social, dos significados bem particulares são trazidos pelo indivíduo ao intercâmbio, assim como os significados bastante particulares que ele obtém a partir dessa troca sob sua interpretação pessoal.

Conforme esse exemplo, também influenciam nesse processo fatores políticos e culturais que darão ou não sobrevivência à reivindicação. Ocorre também um intercâmbio entre as diferentes arenas que proporciona o compartilhamento destas, e, dentro de cada uma delas, as redes de ativistas (operadores) de cada problema buscam o controle dos canais de comunicação por meio de seu entrecruzamento. Segundo Hilgartner e Bosk (1998, p. 74):

As histórias naturais de problemas sociais individuais evoluem em um sistema de arenas públicas que servem como os ambientes onde ocorre a definição coletiva. O modelo proposto acima aplica conceitos ecológicos, como a concorrência, seleção e adaptação, para o discurso público sobre os problemas. Descreve como problemas – e operadores – competem por recursos e atenção do público. Examina as formas pelas quais as arenas públicas selecionam e definem problemas sociais e levam em conta formas operativas de adaptação às exigências das mesmas.

Rosemberg (2010, p. 697), a propósito dos critérios de ingresso da violência contra criança na agenda das políticas públicas, afirma:

[...] a forma pela qual a infância adentra a esfera pública é crucial para a posição que ocupa na arena de negociações das políticas públicas – inclusive dos marcos legais nacionais e internacionais como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Isso porque concebemos a agenda de políticas públicas também como uma construção social e política, resultante de jogos de tensões e coalizões entre diversos atores sociais, nacionais e internacionais, incluindo aqui agências multilaterais e fundações. Nesse sentido os problemas sociais que incitam a atenção pública podem também ser entendidos como socialmente construídos.

É possível verificar esse modelo no processo de construção e aprovação da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA) – e nas modificações havidas por meio da Lei nº 13.010/2014 (“Lei da Palmada”), cuja principiologia pode ser encontrada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (hoje com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O referido artigo da Constituição teve sua origem na emenda de iniciativa popular “Criança, prioridade nacional” – liderada por um movimento popular denominado “Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua” e pela Pastoral do Menor.

Foram obtidos 1,5 milhão de assinaturas.

## **2. A VALORIZAÇÃO DA CRIANÇA NO BRASIL E O CAMINHO DA LEI Nº 13.010/2014**

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 31 de dezembro de 2014, segundo a Fundação Abrinq pelo Direito das Crianças e dos Adolescentes e Save the Children (2015), tramitavam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal 25.807 proposições.

Ao aplicar o critério de pesquisa com as palavras “criança e adolescente”, o monitoramento da Abrinq encontrou 852 proposições legislativas. Focando a 54ª legislatura de 2014, observou-se que foram apresentadas ou tramitaram 367 proposições, sendo 295 da Câmara dos Deputados e 72 no Senado Federal.

Nesse emaranhado de proposições, encontra-se o Projeto de Lei nº 7.626/2010, mais tarde transformado na Lei nº 13.010/2014, que estabeleceu o direito de a criança e o adolescente serem educados e cuidados sem uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante.

O projeto de lei teve a iniciativa do Poder Executivo e foi produzido em conjunto com a sociedade civil por meio da “Rede

Não Bata Eduque!” para acrescentar aos artigos 18-A<sup>3</sup> e 18-B<sup>4</sup> e ao artigo 70-A do ECA o direito de a criança e o adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. Também se acrescentou a previsão da atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e adolescentes.

Foi grande a movimentação tanto da sociedade civil como das ONGs, além da mídia que, para além da previsão de tais políticas públicas, estava preocupada com a face mais visível

---

<sup>3</sup> “Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize.”

<sup>4</sup> “Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V – advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.”

para o leigo da lei: a proibição de qualquer forma de violência na relação com crianças, mesmo com o chamado “animus educandi”, antiga justificativa para palmadas e surras.

Houve reclamos de toda sorte contrários a esse aspecto da lei, os quais expressavam também “o tormento de não saber agir frente a crianças que estariam prontas a denunciar seus pais: agora, ninguém pode encostar um dedo neles!” (RIBEIRO, 2013).

Atualmente, entre nós, ainda que todos concordem que são elas sujeitos de direitos e exista extensa lista de documentos internacionais, convenções e leis que declarem esta condição, foi apenas em 2003 que o cientista político Paulo Sérgio Pinheiro foi designado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como *expert* independente na consolidação de um estudo mundial sobre violência contra crianças para, afinal, acabar com a cultura que possa encontrar qualquer justificativa para a violência contra crianças e adolescentes. O documento nos informa

[...] sobre a incidência de diversos tipos de violência contra crianças dentro de suas famílias, escolas, instituições assistenciais alternativas, instituições de privação de liberdade, locais nos quais elas trabalham e comunidades. [...] O Estudo foi elaborado a partir de um processo participativo que incluiu consultas regionais, sub-regionais e nacionais, reuniões temáticas entre especialistas e visitas de campo (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

De fora de nossas fronteiras, a Global Initiative to End Corporal Punishment of Children<sup>5</sup>, por meio do apoio de ONGs internacionais e locais, e indivíduos-chave habilitados a trazer o foco da mídia para tais questões, também colaborou para o aperfeiçoamento da nossa legislação. A frase que explica sua atuação também pode explicar um ponto de vista a propósito da Lei nº 13.010/2014: “A grande chance que temos de prevenir

<sup>5</sup> Disponível em: <[www.endcorporalpunishment.org](http://www.endcorporalpunishment.org)>. Acesso em: 15 fev. 2015.

a violência na sociedade é criar filhos que rejeitam a violência como método de resolver problemas, que acreditem no direito de cada um, de crescer em um ambiente seguro”.

Aqui no Brasil, no terreno da mídia, a apresentadora Xuxa Meneghel teve esse papel de indivíduo-chave por ocasião das reuniões da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, composta por 25 deputados, em razão de seu apoio e da contribuição de crianças da fundação que leva o nome da apresentadora que participaram de reuniões (RIBEIRO, 2013).

Também faz parte desse movimento de condução do tema para a pauta das políticas públicas a produção acadêmica de pesquisa, tanto em nível nacional como internacional, com destaque para o Laboratório de Estudos da Criança (Lacri) do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo com pesquisas sobre o tema da violência contra crianças desde os anos 1980.

Não podemos deixar de citar o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos – PnDH-3 (BRASIL, 2010) que anuncia, de certo modo, em seu “Objetivo estratégico III”, a então futura Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014: promover ações educativas para erradicação da violência na família, na escola, nas instituições e na comunidade em geral, implementando as recomendações expressas no *Relatório Mundial de Violência contra a Criança* da ONU.

Todo esse movimento em favor da proibição de castigos físicos vem ajudando a tornar a questão cada vez mais importante (não sem certo drama, sempre necessário) no cenário brasileiro, em todos os círculos de atuação possível, para evitar tais violências e aperfeiçoar a atuação dos agentes que lidam com crianças e educar os demais a fim de que possam se transformar pelo exemplo e pela consciência dos direitos humanos.

### 3. A VIOLÊNCIA EM CASA

Nesse debate, além do envolvimento de atores sociais e

de suas estratégias de inserção do problema da violência contra criança na esfera das mídias e das decisões de governo quanto à criação de políticas públicas que a evitem ou minimizem, há necessidade de se considerar a sua forma mais frequente: a violência doméstica.

O entendimento da violência como problema social necessita dessa reflexão sobre a forma pela qual as famílias interpretam atitudes consideradas agressivas contra seus membros mais frágeis, compondo a forma como se comportam em situações específicas.

Sempre que ocorre violência doméstica contra crianças e adolescentes lhes são negados direitos que garantem um tratamento como sujeitos de direitos e pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Essa agressão é expressa por “todo ato ou omissão por parte de pais, parentes ou responsáveis pela criança/adolescente capaz de causar dano físico, sexual, psicológico à vítima” (AZEVEDO, 2001, p. 7).

A forma como as crianças e os adolescentes são vistos em uma sociedade fala muito dos limites entre a educação e a violência, uma vez que ainda há, em muitos lugares do mundo, quem considere que o castigo físico é um instrumento de educação.

O caminho para essa compreensão atravessa as diferentes formas de estudar a criança e o adolescente no Brasil. Inicialmente, há todo um movimento que considera ser possível encontrar as origens do modelo de vínculo que temos hoje com as crianças em pesquisas e estudos de autores europeus, e tomando tais achados de pesquisa como a nossa história nesse campo, sem considerar as peculiaridades da nossa formação cultural e social.

A valorização da criança e da infância no Brasil não passou despercebida pela pesquisa acadêmica, ainda que, entre nós, a etnologia indígena tenha começado a olhar mais diretamente para as crianças nas décadas de 1980 e 1990.

Ainda no campo da pesquisa, houve grande reforço para a historicização da infância e de sua natureza mutável, o que se tornou essencial para as modernas abordagens de compreensão

da criança, ainda que esse processo tenha chegado até nós com um século de atraso, o que foi indicado por Szulc e Cohn (2012, tradução nossa) que acrescentam:

Como parte deste processo, o estatuto da infância foi delimitado por fronteiras discursivas que, gradualmente, formaram instituições, tais como as famílias nucleares, creches, escolas, clínicas e outras instituições dedicadas especificamente a tratar a criança como uma entidade uniforme (Jenks, 1996:6). Ao mesmo tempo, a crescente preocupação com a saúde infantil e higiene levou à institucionalização de novas disciplinas clínicas: pediatria e mais tarde puericultura.

O estudo de Ariès (1981) sobre a criança e a vida familiar no Antigo Regime indica que a noção de criança é uma construção histórica restrita ao Ocidente. Essa obra costuma ser o ponto de partida de qualquer estudo que pretenda fazer uma panorâmica das relações dos adultos brasileiros com suas crianças ao longo de nossa história. Essas concepções podem ser tomadas em parte, visto que a nossa cultura atual é fruto da interação com os índios que aqui se encontravam por ocasião do descobrimento e dos negros que foram trazidos como mão de obra escrava e como tal usados até o século XIX.

No Brasil, desde o período colonial, as crianças, notadamente as pobres, tinham sua vida marcada pela violência: elas trabalhavam, eram submetidas à disciplina rígida e deviam obediência irrestrita aos adultos. Também eram vítimas de doenças, e frequentemente havia mortes ainda na primeira infância (FALEIROS; FALEIROS, 2007). Os sobreviventes estavam devidamente “adestrados” aos 12 anos e podiam iniciar sua vida adulta.

O que se considera infância hoje foi influenciado pelas mudanças ocorridas nas noções de família, maternidade e paternidade ao longo dos mais de 500 anos de história do Brasil, mas também no dia a dia das crianças e em seu afastamento da casa e sua institucionalização pela educação escolar.

Lasch (1983, p. 193), no tocante ao afastamento da família da educação dos filhos, em um trecho algo profético, assinala:

O sistema fabril estabelecido no século dezenove, socializou a produção, mas deixou intacta certas outras funções da família. A socialização da produção, no entanto, provou ser o prelúdio da própria socialização da produção – a apropriação das funções de criação dos filhos por pais substitutos, responsáveis, não perante a família, mas perante o Estado, a indústria privada ou seus próprios códigos de ética profissional. No curso de levar cultura às massas, a indústria da publicidade, os meios de comunicação de massa, os serviços de saúde e do bem-estar e outros agentes de instrução de massas assumiram muitas das funções socializadoras do lar e colocou as que restaram sob a direção da ciência e da tecnologia modernas.

No Brasil, esse fenômeno foi analisado inicialmente com os estudos de Azevedo et al. (1960). Deve-se mencionar ainda a análise do período da Primeira República realizada por Lemme (2005) por meio da demonstração da influência dos movimentos de transformação social de então. A análise de Mollo Bouvier (2005, grifo nosso), ao trazer sua contribuição para a sociologia da infância, informa-nos:

Para contribuir à necessária construção de uma sociologia da infância, proporia quatro abordagens que se entrecruzam: 1) a segmentação social das idades e a incerteza quanto ao período da infância; 2) *a tendência a favorecer a socialização em estruturas coletivas fora da família*; 3) a transformação e as contradições das concepções da infância; 4) o interesse generalizado por uma educação precoce.

Quanto ao processo de desqualificação da família como educadora e formadora das crianças na sociedade, chegamos à obra de Zelizer (1994) que nos demonstra o longo caminho da criança rumo ao seu papel de sujeito de direitos, cuja porta de entrada foi, nos Estados Unidos, o mercado e a sua valorização.

Os estudos da autora levaram em consideração decisões de cortes norte-americanas a respeito do pagamento de indenização em razão da morte de crianças. Mesmo hoje ainda é possível verificar como os sentimentos em relação às crianças ainda são confusos.

#### 4. FORTALECENDO O LADO MAIS FRACO

Por ser um país de grandes extensões, o Brasil experimenta diferentes formas de se viver de acordo com a região geográfica em que se encontram as populações. Há, por certo, muitas formas de violência contra esse grupo etário mais fragilizado, e a idade nem sempre é o único fator predisponente à vitimização. Há entre nós questões estruturais que por vezes estão fora do alcance dos que pretendem lutar por esses seres humanos em desenvolvimento. Minayo (2001, p. 93) aponta a violência estrutural como sendo esse fator e indica maneiras de lidarmos com essa questão;

Entendemos por violência estrutural, aquela que incide sobre a condição de vida das crianças e adolescentes, a partir de decisões histórico-econômicas e sociais, tornando vulnerável o seu crescimento e desenvolvimento. Por ter um caráter de perenidade e se apresentar sem a intervenção imediata dos indivíduos, essa forma de violência aparece “naturalizada” como se não houvesse nela a ação de sujeitos políticos. Portanto é necessário desvendá-la e suas formas de reprodução através de instrumentos institucionais, relacionais e culturais.

São Paulo, conforme dados divulgados pelo Fundo de População das Nações Unidas, é a sexta cidade mais populosa do mundo, uma megacidade. Como se trata de um campo farto de pesquisa, passando por forte reestruturação em seus aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais, a cidade vem se tornando cada vez mais desigual e incoerente no que concerne

à desigualdade social, o que produz mais e mais vulnerabilidade social e violência associadas à vulnerabilidade territorial (INSTITUTO PÓLIS/PUC-SP, 2007). Ainda nessa capital, foi desenvolvido pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade) o Índice Paulista de Vulnerabilidade Social (IPVS) que mensura a vulnerabilidade por meio de indicadores como renda familiar, presença de crianças menores, idade e gênero do chefe de família, para a execução das políticas públicas com base nessas informações, procurando atingir as comunidades mais vulneráveis.

O termo vulnerabilidade não tem um significado único. Trata-se de um conceito complexo – a vulnerabilidade não se restringe a situações de pobreza, mas a um conjunto de fatores como características do território, ciclo etário, dificuldades enfrentadas pelas famílias e falta de acesso a políticas públicas. Situações que têm como origem os processos de reprodução das desigualdades sociais (SÃO PAULO, 2015).

Nas famílias de qualquer nível de renda, é cada vez maior a pressão econômico-social para que a mulher trabalhe e, com isso, contribua para a renda familiar. Nas grandes cidades, em razão do tipo de cotidiano que ali se vive, parte dos impulsos agressivos de muitos pais em relação aos filhos parece ser fruto de frustração provocada quando da verificação de que seus filhos não se tornaram a criança/o adolescente que pretendiam ver como resultado de seus esforços para educá-los.

Não é incomum que o agressor tenha também sofrido agressões em sua infância e adolescência e que reproduza a violência com seus filhos e conviventes como um modo de se relacionar aprendido, banalizando a violência. Assim, cria-se um círculo vicioso que poderá ter como consequência a reprodução desse comportamento pela criança/pelo adolescente de hoje com seus futuros filhos (SÃO PAULO, 2007).

O afastamento das famílias da convivência em seus lares, em grande parte ocasionado pelo ingresso das mulheres no mercado de trabalho e por teorias educacionais que indicam

ser a escola o lugar de excelência da formação do indivíduo, parece ter “liberado” mães e pais do trabalho de educar. Os pais extenuados pelas longas jornadas de trabalho, nas quais buscam recursos financeiros para fazer frente à “terceirização” da educação dos filhos (nas classes mais abastadas) ou para sobreviver em bairros afastados do local de trabalho, não têm tempo para refletir a respeito da educação dos filhos. O resultado indesejado leva alguns a tentar convencer os filhos a aderir a padrões de comportamento desejados por meio da agressividade e violência.

A cultura que traz entraves para a valorização da educação por meio da Cultura da Paz e da ausência de castigos físicos ou psicológicos ultrajantes é aquela que ainda está calcada na ideia do uso da força e dos castigos na educação de crianças e adolescentes, e na crença de que os responsáveis por eles detêm o poder sobre seus corpos e suas vidas, numa relação de tirania que por vezes é retroalimentada pelas próprias vítimas. Ainda há quem admita que existe uma hierarquia de castigos físicos “aceitáveis”. Faz muito tempo, décadas, que a violência vem crescendo na América Latina a ponto de tornar-se endêmica em muitos países, e a criança e o adolescente que vivem nessa condição tornam-se cada vez mais vulneráveis.

O relatório do Fundo das Nações Unidas para a infância (Unicef) *Hidden in plain sight: a statistical analysis of violence against children* (*Escondida a olhos vistos: uma análise estatística da violência contra as crianças*) se baseia nos dados de 190 países de forma a procurar esclarecer uma questão que tem permanecido pouco documentada (UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND, 2014). Nesse relatório, podemos verificar que duas a cada três crianças entre 2 e 14 anos são maltratadas e submetidas a castigos físicos, e ainda que *um terço dos adultos em todo mundo* acredita que o castigo físico faz parte de uma boa educação para as crianças.

Segundo outro relatório do Unicef (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2006), a percepção da violência contra crianças vai além das políticas de atendimento das necessidades básicas que por certo são essenciais, que devem incluir

os componentes das comunidades assistidas em suas escolhas e decisões. Ocorre que há outras violações – mais graves notadamente contra crianças que têm alguma convivência familiar e, em alguns casos, em razão da negligência do Estado em relação à criança que não vive em família, que está em situação de rua ou em instituições –

[...] que restringem sua liberdade e sua mobilidade, limitando sua representação ou sua identificação como uma criança com direitos especiais. Assim como as dimensões da exclusão, esses fatores muitas vezes se sobrepõem e se entrelaçam, exacerbando-se mutuamente, até que, em uma situação extrema, algumas crianças excluídas tornam-se invisíveis – tendo seus direitos negados, sendo fisicamente ignoradas em suas comunidades, impossibilitadas de frequentar a escola, e imperceptíveis para o olhar oficial, uma vez que estão ausentes de estatísticas, políticas e programas (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2006).

Apesar de ter havido muitos avanços nas ações de prevenção da violência contra crianças, ainda há muito a ser feito, uma vez que diferentes variáveis limitam a efetividade de tais medidas. Os dados disponíveis são incompletos, e não se chegou ainda a uma resposta definitiva quanto à origem da violência contra crianças. A raiz do problema pode estar em razões culturais que se estendem em diferentes culturas até os dias de hoje.

Embora tenha havido progresso relevante nas convenções e legislações relativas aos direitos de crianças e adolescentes, o mesmo não pode se dizer quanto à efetivação da proteção correspondente ao reconhecimento desses direitos. O avanço das medidas de proteção desses sujeitos de direitos e a evitação da violência contra eles têm experimentado progressos apenas pontuais, tornando desigual o desenvolvimento de políticas que estimulem a conscientização dos adultos como protagonistas dessa tarefa, que deve envolver também o esclarecimento dos alvos desses direitos (HANASHIRO, 2015, p. 6).

Conforme Farinatti, Biazus e Leite (1993), a violência doméstica pode ficar encoberta por meses ou mesmo anos até ser denunciada, por ocorrer em geral em espaços privados, e, por isso, a maioria dos casos de violência intrafamiliar não é claramente identificável.

Em estudo conduzido em 2004, Jacomini do Carmo e Harada (2006), com o propósito de conhecer o quanto pais que cometem violência doméstica utilizam a violência física como prática educativa, encontraram dados que corroboram os achados da literatura que confirmam ser a vivência de agressões fator importante na continuidade do ciclo de violência.

Em uma recente revisão da literatura, Santos et al. (2014), por meio dos descritores violência, notificação de abuso, defesa da criança e do adolescente, notificação e adolescente, encontraram dez artigos em espanhol e português que foram publicados entre 2003 e 2013. Esses artigos estão indexados nas seguintes bases de dados: Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (Lilacs), Medical Literature Analysis and Retrieval System Online (Medline) e Scientific Electronic Library Online (SciELO).

Segundo pesquisa recente do Laboratório de Estudos da Violência da Universidade Estadual Paulista – Unesp (SOUZA et al., 2015), a agressão física foi notada como descontrole, por ações espontâneas, práticas educativas, e também pela dificuldade de relacionamento entre os pais. Para os entrevistados, a violência é tolerada entre os adultos como uma forma de educar e até levam em conta certa “hierarquia” no grau de abusividade da agressão.

A agressão física ocorre no cotidiano familiar e não é considerada um problema. Segundo os pais, o que não é aceitável socialmente é a agressão física abusiva. Os participantes citaram que existem limites. Alguns tipos de agressão, por exemplo, bater com objetos, não são aceitáveis. Os pais não associaram a agressão física abusiva com a possibilidade de consequências graves ou mesmo de morte (SOUZA et al., 2015, p. 128).

Em janeiro de 2016, conduzidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), as agências centrais chegaram a um acordo sobre um pacote de intervenções para prevenir a violência contra crianças. O documento será publicado em conjunto com as seguintes instituições: Centers for Disease Control Prevention (CDC), President's Emergency Plan for Aids Relief (Pepfar), Together for Girls, Unicef, United Nations Office on Drugs and Crime (Unodc), United States Agency for International Development (Usaid) e Banco Mundial. Inicialmente, serão sete as estratégias centrais propostas: 1. ensinar habilidades parentais positivas; 2. ajudar as crianças a desenvolver habilidades socioemocionais e permanecer na escola; 3. aumentar o acesso à saúde, à proteção da criança e a serviços de apoio; 4. implementar e fazer cumprir as leis que protegem todas as crianças; 5. estabelecer normas de valor social que protejam todas as crianças; 6. capacitar economicamente as famílias; e 7. manter ambientes seguros para crianças.

Dentre as estratégias propostas, a Lei nº 13.010/2014 contempla as de número 4 e 5, fazendo constar no ECA normas que estimulam a criação e efetivação de políticas públicas de proteção dirigidas à infância e adolescência contra a violência. Mesmo sendo grande o número de equipamentos sociais disponíveis no Brasil, especialmente na capital de São Paulo, ainda é insuficiente e pouco efetivo quando se considera a população como um todo.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, P. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do especialista independente para o estudo das Nações Unidas sobre a violência contra crianças de acordo com a Resolução nº 57/90 de 2002 da As-

sembleia Geral. 2006. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo\\_PSP\\_Portugues.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo_PSP_Portugues.pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

AZEVEDO, F. de et. al. Notas para a história da educação (Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova). *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Rio de Janeiro, v. XXXIV, n. 79, p. 108-127, jul./set. 1960.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA V. N. A. *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. São Paulo: Iglu, 1989.

BLUMER, H. Social problems as collective behavior. *Social Problems*, v. 18, p. 298-306, 1971.

BRASIL. Leis – Lei nº 13.010/2014 – Lei Menino Bernardo.

BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Ed. rev. e atual. Brasília: SDH/PR, 2010.

CADERNOS LEGISLATIVOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 2015. Disponível em: <[http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/03/AF\\_FA\\_Caderno\\_Legislativo\\_2015\\_TOTAL2\\_FINAL.pdf](http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/03/AF_FA_Caderno_Legislativo_2015_TOTAL2_FINAL.pdf)>.

FALEIROS, V. P.; FALEIROS, E. S. *Escola que protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2007.

FARINATTI, F. A.; BLAZUS, D. B.; LEITE, M. B. *Pediatria social: a criança maltratada*. São Paulo: Medsi, 1993.

FUNDAÇÃO ABRINQ PELO DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES; SAVE THE CHILDREN. HIDDEN IN PLAIN SIGHT A statistical analysis of violence against children Disponível em: <[http://files.unicef.org/publications/files/Hidden\\_in\\_plain\\_sight\\_statistical\\_analysis\\_EN\\_3\\_Sept\\_2014.pdf](http://files.unicef.org/publications/files/Hidden_in_plain_sight_statistical_analysis_EN_3_Sept_2014.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Situação mundial da infância 2006 – excluídas e invisíveis*. 2006. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/pt/sowc2006.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2015.

GUERRA, V. N. de A. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2001.

HANASHIRO, O. Dossiê: prevenção da violência contra criança na América Latina. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 2-4, ago./set. 2015.

HILGARTNER, S.; BOSK, L. The rise and fall of social problems: a public arenas model. *The American Journal of Sociology*, v. 94, n. 1, p. 53-78, July 1998.

INSTITUTO PÓLIS/PUC-SP. Assistência social controle social e política pública n. 30 agosto, 2007. Observatório dos Direitos do Cidadão – acompanhamento e análise das políticas públicas da cidade de São Paulo. São Paulo: Instituto Pólis, PUC-SP, 2007.

JACOMINI DO CARMO, C.; HARADA, M. de J. C. S. Violência física como prática educativa. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 14, n. 6, nov./dez. 2006. Disponível em: <[www.eerp.usp.br/rlae](http://www.eerp.usp.br/rlae)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

LEMME, P. O Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova e suas repercussões na realidade educacional brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 86, n. 212, p. 163-178, jan./abr. 2005.

MINAYO, M. C. de S. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 1, n. 2, p. 91-102, maio/ago. 2001.

MOLLO BOUVIER, S. Transformação dos modos de socialização das crianças: uma abordagem sociológica. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 26, n. 91, p. 391-403, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

RIBEIRO, F. B. Governo de adultos, governo de crianças – agentes, práticas e discursos a partir da “Lei da Palmada”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, maio/ago. 2013.

ROSEMBERG, F. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 4, p. 693-728, set./dez. 2010.

SANTOS, T. M. B. dos et al. Análise da produção científica sobre a notificação da violência contra adolescentes. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, Fortaleza, v. 27, n. 4, p. 560-567, out./dez. 2014.

SÃO PAULO. *Caderno de violência doméstica e sexual contra crianças e adolescentes*. São Paulo: SMS, 2007.

SÃO PAULO. *Atlas socioassistencial da cidade de São Paulo*. São Paulo: Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social, Coor-

denadoria do Observatório de Políticas Sociais, 2015.

SOUZA, S. H. R. et al. A visão de pais e adolescentes de uma periferia de Santos sobre a violência física doméstica. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp*, Marília, n. 16, nov. 2015.

SZULC, A.; COHN, C. Anthropology and childhood in South America: perspectives from Brazil and Argentina. *AnthropoChildren*, 2012. Disponível em: <<http://popups.ulg.ac.be/AnthropoChildren/document.php?id=427>> e <<http://popups.ulg.ac.be/AnthropoChildren/document.php?id=440>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

THORNE, B. *Gender play: girls and boys in school*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1993.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. *Hidden in plain sight: a statistical analysis of violence against children*. 2014. Disponível em: <[http://files.unicef.org/publications/files/Hidden\\_in\\_plain\\_sight\\_statistical\\_analysis\\_EN\\_3\\_Sept\\_2014.pdf](http://files.unicef.org/publications/files/Hidden_in_plain_sight_statistical_analysis_EN_3_Sept_2014.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

ZELIZER, V. A. *Pricing the priceless child – the changing social value of children*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.

# ESCOLA E VIOLÊNCIA: O DESAFIO DA CONSTRUÇÃO DA CULTURA DA PAZ

*Michelle Asato Junqueira*<sup>1</sup>

“Se não vejo na criança uma criança,  
É porque alguém a violentou antes,  
E o que vejo é o que sobrou  
De tudo o que lhe foi tirado” (BETINHO).

## 1. INTRODUÇÃO

A relação indissociável da sociedade com a violência integra um dos desafios presentes e aparentemente intransponíveis das relações sociais da atualidade.

Em sendo assim, tendo por pressuposto que a escola representa o microcosmo da realidade social, o seu cotidiano não se distancia daquele que visualizamos em sociedade, mesmo que seu ambiente deva simbolizar segurança, crescimento e transformação. A escola, assim, tem sido palco de diversos acontecimentos indesejados, capazes de semear a violência e a intolerância, seja por parte de discentes ou docentes.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), mestra em Direito Político e Econômico e especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior, ambos pela mesma instituição. Professora, membro permanente dos grupos de pesquisa CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania” e “Estado e Economia no Brasil”, e vice-líder do grupo de estudos “Criança e Adolescente no Século XXI”.

Embora os esforços na construção de políticas públicas de diminuição da violência no ambiente escolar estejam sempre presentes no discurso político, poucas medidas têm se mostrado eficientes. A efetivação da Cultura da Paz, como regra, se apresenta como uma das possibilidades para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, tal qual preconiza o texto constitucional e os objetivos travados para o Estado social e democrático de direito.

## 2. A VIOLÊNCIA E A ESCOLA

A escola é um microcosmo social que contém amostras de tudo o que se encontra em sociedade. Sentimentos como amizade e solidariedade são incentivados e tendem a ser maiores quando cultuados também no macroespaço público. O mesmo se diga quanto à violência. A escola tende a ser violenta na mesma proporção em que a violência se manifesta no âmbito social.

Não se descuida, nessa linha, que os níveis de escolaridade e violência estão ligados, embora não tenhamos muitas pesquisas de relevância no Brasil. Uma pesquisa realizada no presídio da Papuda, localizado em Brasília, em 1997, apontou que três em cada quatro presos não terminaram o ensino fundamental e apenas 7% haviam concluído o ensino médio. Da mesma forma, os maiores índices de vítimas de homicídio estão relacionados com menor escolaridade (ROLIM, 2008, p. 44-45).

Sendo assim, apesar de diversos outros complexos fatores ainda influenciarem nesses números (como a questão da inclusão social, especialmente), o que não se descuida é que quanto menor o nível de escolaridade, mais sujeito à violência está o indivíduo. Frise-se que a questão não se resume ao agressor, mas também ao agredido.

De acordo com o mapa da violência de 2012 elaborado por Julio Jacobo Waiselfisz (OUCHANA, 2012), a violência entre as crianças de zero a 19 anos tem por ambiente, na maioria das

vezes (63,1%), a residência das vítimas. Em seguida, destacam-se os seguintes locais, nesta ordem: vias públicas, outros ambientes, a escola e bares. Ainda:

Dos 5 aos 9 anos as ocorrências de violência na escola por amigos ou conhecidos representam 49,7% dos casos. Dos 10 aos 14 anos, 60,16%, e dos 15 aos 19, 52%. Na categoria “desconhecidos”, esse número cai para 8,5% dos 5 aos 9 anos, 7,1% dos 10 aos 14 e 16,6% dos 15 aos 19. Em último lugar verifica-se a violência por parte de pessoas da própria instituição com 7,9% na faixa dos 5 aos 9 anos, 5,8% dos 10 aos 14 e 5,5% dos 15 aos 19 anos (OUCHANA, 2012).

A escola, portanto, é um ambiente relevante para a análise da violência, do nascedouro ao desenvolvimento. Além disso, compreender a violência escolar traz elementos para a análise também da situação e proteção das crianças e dos adolescentes, visando ao aprimoramento dos mecanismos de proteção integral.

Para embasar tal discussão, cabe citar a chamada “Experiência de Prevenção de Montreal”, relatada por Marcos Rolim (2008) e recontada a seguir.

Pesquisas desenvolvidas no Canadá dão conta de que o grupo mais suscetível de exprimir sua agressividade é de crianças na idade pré-escolar. Em geral, as crianças exprimem violentamente suas emoções desde o nascimento, mas a trajetória favorável de desenvolvimento as conduzirá a um comportamento socialmente adequado, pois, nos primeiros anos de vida, a partilha, o compromisso, a colaboração e a comunicação são desenvolvidos. As crianças que, mesmo após de serem capazes de controlar as próprias emoções (o que acontece por volta dos 3 anos de idade), não adquirem as citadas aptidões são aquelas que enfrentarão maiores problemas no futuro (de 5% a 10% das crianças canadenses), como dificuldade escolar, uso de drogas e álcool, doenças mentais e atividades criminosas (ROLIM, 2008, p. 46-49).

Na referida pesquisa, entende-se por comportamento agressivo qualquer agressão física, verbal, indireta (agressão verbal mais elaborada, com boatos e exclusões), proativa (composta de atos não provocados) e reativa (aquela realizada em resposta à provocação).

A iniciativa canadense, portanto, aponta para a necessidade de cuidar desde a primeira infância, coadunando, inclusive, com o desenvolvimento cerebral, na medida em que, ao nascimento, o cérebro do bebê é três vezes menor do que o de um adulto e terá o mesmo tamanho quando a criança tiver 5 anos.

Entretanto, não se descuida da íntima relação entre a violência e os direitos sociais, em especial a saúde e a educação.

Enquanto a violência se apresenta como uma questão da saúde pública<sup>2</sup>, à medida que os gastos por ela gerados são significativos dentro de seu orçamento, a educação se apresenta como a medida mais eficaz para conter a violência sob o viés preventivo<sup>3</sup>.

Propor uma discussão acerca da violência é medida que visa aprimorar a convivência social e, por sua vez, proporcionar medidas eficazes de convivência e contenção do individualismo.

Teixeira e Serraglio (2014, p. 62), ao abarcarem a violência dentro da sociedade, aquela que vincula um indivíduo a outro, salientam:

A violência existe em várias formas e se encaixa (se adéqua) a diversos moldes. [...] Não é a violência que parte (mera e diretamente) de uma instituição estatal em direção ao indivíduo, mas sim aquela que ocorre no âmbito da vida social, quando um indivíduo viola a esfera de direitos do outro, ou seja, trata-se de uma relação de um particular contra o outro, da qual toma

---

<sup>2</sup> Sobre a temática, ver Dahlberg e Krug (2006).

<sup>3</sup> Na mencionada pesquisa canadense, aponta-se que o adolescente infrator custa ao Estado U\$ 100 mil ao ano, enquanto os custos com a educação não ultrapassam U\$ 12 mil, além do que o adolescente infrator possui 40 vezes mais chances de estar preso antes dos 24 anos em relação ao adolescente que nunca tenha infracionado.

parte o Estado como forma de pacificar a sociedade e justificar sua própria existência.

A educação, portanto, como direito eminentemente social, que busca a realização da igualdade material, é o instrumento mais adequado para equilibrar o individualismo, especialmente no contexto da República social pregada pelo Estado brasileiro.

[...] a escola é o espaço que a família encontrou como suporte na educação de suas filhas e de seus filhos, contudo esse suporte acabou por tornar-se a artéria vital no processo agregador de conhecimentos das crianças que desde cedo são inseridas nesse curso, para que mais tarde possam ingressar, bem preparadas na vida adulta (GENTIL; GONÇALVES, 2013, p. 385).

Por meio de análise oposta, embora vivamos em uma sociedade cuja base política é a democracia, que pressupõe a igualdade entre os seus membros, há relações que mantêm, pela sua própria natureza, uma certa assimetria, em que a relação não é horizontal. Os exemplos são as relações pais e filhos, bem como docentes e discentes, em que os primeiros ostentam responsabilidade, e contrariar os desejos e interesses dos segundos pode significar um dever, decorrente do zelo e cuidado que se espera de sua conduta, na medida em que, prioritariamente, deve ser protetiva.

A escola, por meio de seus atores, é a responsável pela construção de símbolos. Símbolos são estruturantes da realidade. Dominar a estrutura dos símbolos é deter o poder de construção do mundo, com efeitos reais mas invisíveis, o que Bourdieu chama de “poder simbólico”, ou seja, a imposição da vontade do homem sobre o homem. Essa imposição pode criar e manter relações de dominação, criando, assim, a “violência simbólica”, presente no cotidiano das relações sociais (COURA, 2014).

O que se depreende desse aparente paradoxo entre igualdade que se almeja em sociedade e disciplina que se impõe como exercício da função protetiva e prevenção da violência escolar,

ainda que simbólica, constitui a imbricada relação social que apenas a educação é capaz de conciliar.

A escola, portanto, é fundamental na construção do saber e das relações sociais, inclusive para estimular a argumentação, o consenso e a deliberação.

### **3. CRIANÇA E ADOLESCENTE: RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA, DA ESCOLA E DA SOCIEDADE**

O ambiente familiar é o responsável pela construção de valores e, de acordo com o seu desenvolvimento, terá reflexos diretos na formação da criança e do adolescente. Assim, a vulnerabilidade social familiar pode ser preponderante no papel da exclusão dentro da sociedade capitalista e consumista.

A família é o primeiro núcleo relacional que dá início à constituição da sociedade, é o lugar onde se propicia o processo de formação da sociabilidade humana. Os elementos constitutivos formadores de uma família não se resumem à criação, assistência e educação de seus membros, antes a família deve ser concebida como lugar de aconchego, bem-estar psicológico, enfim, de afetividade. Por isso que, modernamente, não se fala em um “tipo de família”, enquanto modelo, “ideal”, em face dos mais variados arranjos familiares existentes, hoje o que se prioriza é a socioafetividade (VERONESE; HANOFF, 2010, p. 205).

A família, portanto, deve ser a responsável pela construção do pilar inaugural da personalidade, instituindo também as bases morais e contribuindo no processo educativo não institucionalizado, não formal.

Seja no âmbito da educação formal ou informal, a disciplina merece ser considerada na construção da educação transformadora. Não se confunda, todavia, disciplina com opressão.

A disciplina deve ser vista como um elemento decorrente

da evolução histórica e social, tida como meio de se implementar o convívio entre os membros da sociedade, estabelecendo-se regras e limitando-se ações, é a tentativa de se consolidar um comportamento harmônico e equilibrado. Nas escolas, a sua instituição teve por justificativa não apenas a produção do saber, mas também por objetivo a tentativa de moldar os alunos dentro de um padrão ideal de sociedade. A disciplina é recompensada pelos professores, enquanto a indisciplina é motivo de depreciação e rebaixamento (VERONESE; HANOFF, 2010, p. 209-210).

É certo, ainda, que o papel da disciplina sofreu reconfigurações no decorrer dos anos, transplantando o papel da mera obediência hierarquizada e abrindo-se, segundo variados métodos de ensino, não apenas aos limites, mas também às possibilidades, ao diálogo e à construção conjunta da aprendizagem.

A opressão pode ser o ponto de partida para a institucionalização da violência e a conseqüente reação dos alunos que se consideram legitimados em sua conduta.

O que nos surpreende é que para muitos pais e profissionais de educação a violência vem de fora da escola. Ou seja, a escola é vista como uma vítima de “maus elementos” que a atacam, depredam e roubam. No entanto, a escola também produz a violência no seu cotidiano. É uma violência sutil e invisível, que se esconde sob o nome de “evasão” ou de situações em que não se compreende a indisciplina ou mesmo a violência. Tal indisciplina e ou violência é inconscientemente promovida pelos próprios educadores através de regulamentos opressivos, currículos e sistemas de avaliação inadequados à realidade onde está inserida a escola, medidas e posturas que estigmatizam, discriminam e afastam os alunos (VERONESE; HANOFF, 2010, p. 213).

Quanto ao papel da escola, é conveniente a seguinte definição:

A escola pode afigurar-se aos estudantes tanto como uma efetiva

via de acesso ao exercício da cidadania como, ao contrário, um mecanismo de exclusão social. Na primeira perspectiva, a escola, a educação e o processo de ensino-aprendizagem funcionam como uma espécie de salvo-conduto moral, um passaporte para a entrada na sociedade.

Além disso, nas sociedades modernas, o estudo é cada vez mais um requisito para o acesso às possibilidades de trabalho e, este último, sem dúvida, é condição essencial à sobrevivência humana. Porém, é nesse ponto de intersecção entre o estudo e o trabalho que se situa um dos mais graves problemas da exclusão social, no qual o ensino de boa qualidade abre as oportunidades e o de má qualidade, ao contrário, acentua a exclusão (ABRAMOVAY, 2002, p. 192-193).

Abramovay (2002, p. 231), ao mencionar a classificação de Debarbieux, anuncia que a violência na escola se associa a três dimensões distintas: a degradação do ambiente escolar, a violência que se origina de fora para dentro das escolas com a penetração de gangues e drogas, e os componentes internos de cada escola (há escolas historicamente mais violentas que outras).

A partir dessa classificação tripartida, a realidade apresenta diversas variantes que mais à frente serão mencionadas, mas é possível antecipar que a violência escolar se alimenta de fatores externos, bem como alimenta a violência que se exterioriza em relações não institucionais.

Paulo Sérgio Pinheiro e Guilherme Assis de Almeida (2002), ao citarem Jonh Galtung, oferecem-nos o conceito amplo de violência: é tudo o que causa a diferença entre o potencial e o atual, entre o que foi e o que é, apresentando assim que a violência é toda ação que impede ou dificulta o desenvolvimento. E se a escola é o espaço que propicia o desenvolvimento, a violência representa a própria negação da instituição escolar.

A violência na escola vem sendo estudada desde a década de 1950, e o fenômeno tem se ampliado em diversas dimensões.

Em importante análise da violência nas escolas, Miriam

Abramovay (2002) nos aponta que, no Brasil, os estudos realizados nos anos 1980 tinham por objeto a análise de fatores exógenos à escola, e a análise da violência ficava ligada à depreciação escolar e às agressões entre os alunos. Nos anos 1990, as pesquisas focaram especialmente o eixo Rio de Janeiro e São Paulo, com prioridade na localização das escolas, mas puderam incluir problemas como narcotráfico, exclusão social e gangues. Quanto aos discentes, a preocupação está mais na agressão deles a professores do que o contrário (ABRAMOVAY, 2002, p. 84-85).

Abramovay (2002, p. 296-297) acrescenta ainda algumas conclusões relevantes para o dia a dia escolar e a violência:

- Os problemas com notas são os principais motivos das desavenças entre professores e alunos, e acabam por gerar ameaças que, em geral, se constituem em retaliações físicas.
- As discussões muitas vezes culminam em brigas que não são controladas pela escola. As brigas são banalizadas e consideradas legítimas na solução dos conflitos.
- Os alunos costumam incentivar as brigas entre colegas, e a atitude menos frequente é recorrer às autoridades escolares. Há casos, inclusive, em que os professores atuam como agressores em discussões, ameaças e brigas.
- Os alunos pouco recorrem aos pais ou à polícia em casos de violência.
- O assédio sexual é frequente em relação aos alunos e professores.
- É comum, no ambiente escolar, encontrar alunos que portam armas brancas e armas de brinquedo.
- Há relatos da presença de armas de fogo<sup>4</sup>, bem como é

---

<sup>4</sup> Em análise efetuada no mapa da violência de 2015 sobre as mortes com arma de fogo, as pesquisas apontam o espantoso número de 47,6 óbitos de jovens a cada 100 mil jovens (consideram-se jovens os indivíduos de 15 a 29 anos). Isso significa que, a cada não jovem, morrem, proporcionalmente, quatro jovens. O pico da vitimização ocorre aos 19 anos de idade, quando os óbitos por arma de fogo atingem 62,9 por 100 mil jovens. Quanto ao sexo, 94% da população total e

comum que os alunos já tenham tido contato com elas, considerando-as, inclusive, como instrumento legítimo de proteção.

- São comuns o roubo e o furto de carros ou objetos pessoais de professores e alunos.

A construção do ordenamento jurídico<sup>5</sup> apropriado deve ter por conta a base do Estado social e democrático de direito, visando à construção de uma sociedade que comporte com racionalidade coletiva as multifacetadas de uma relação complexa que se influencia por fatores externos e internos aos seus agentes (docentes, discentes e comunidade), sem descuidar da necessária e inafastável proteção integral da criança e do adolescente, buscando o contínuo desenvolvimento destes e a autonomia diante de si mesmos e do mundo que os circunda.

Além disso, os custos da violência podem ser divididos em sociais, financeiros e indiretos. Por custos sociais se entende a redução do bem-estar social em geral, o que pode ser causado pelos danos psíquicos, além do medo e da impotência ante a violência. Outro fator a ser considerado é o alto índice de mortalidade entre os jovens, e, além da preocupação com as vítimas diretas, devemos considerar as vítimas indiretas, que são aquelas pessoas atingidas secundariamente pela violência e que podem sofrer de estresse profundo, depressão, instabilidade emocional,

---

95% da população jovem são do sexo masculino (WAISELFISZ, 2015, p. 65-67).

<sup>5</sup> Atualmente é possível contar com a “Política articulada da socioeducação”, articulada na medida em que integra o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os governos federal, estaduais, distrital e municipais, porém, nos termos da Lei Federal nº 12.594/2012 e Resolução nº 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), ela é responsável pela normatização conceitual e jurídica para a execução das medidas socioeducativas, pouco se preocupando com a educação preventiva da violência.

entre outros. Os custos financeiros<sup>6</sup> abrangem a esfera pública e a privada, com os gastos na repressão, contenção e prevenção da violência, seja com o sistema carcerário, policiamento ou sistema preventivo. Quanto aos custos indiretos, “não se trata de mero cômputo de despesas, mas, efetivamente, daquilo que se deixa de ganhar”, e podemos citar como exemplos: a desmotivação de investimento de capital estrangeiro no país, a inibição do turismo, a timidez do terceiro setor e a conseqüente inibição na geração e manutenção de empregos nessa área (TEIXEIRA; SERRAGLIO, 2014, p. 67-74).

A violência, portanto, deve ser reprimida, e tal medida se apresenta como genuína política de Estado. E, ainda, tendo por base o caminhar da sociedade para o progresso, uma preocupação que se eleva ao âmbito internacional.

#### **4. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. QUAL É O CAMINHO PARA A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DA PAZ?**

Os direitos humanos, na órbita internacional, possuem caráter universal, eterno e atemporal, têm por função garantir ao homem uma condição satisfatória de dignidade e destinam às constituições, no âmbito nacional, a estruturação para a efetivação desses direitos:

Eles abrigam conteúdos plurais, porém são dotados de um denominador comum, possuem uma conotação jurídica e, ao mesmo tempo, filosófica, que tem embasado a fundamentação racional de muitos direitos (REIS, 2010, p. 147-148).

Assim, a educação em direitos humanos deve se sustentar

---

<sup>6</sup> Em 2013, apurou-se que se gastam, em média, R\$ 4.395,00 ao ano com um jovem infrator. O Estado do Rio de Janeiro declarou gastar, em 2014, R\$ 7.580,00 ao mês (NASCIMENTO, 2014).

em três pontos:

- Deve ser uma educação de caráter permanente, continuada e global.
- A educação deve se pautar na mudança, seja do indivíduo, seja da sociedade.
- Deve plantar valores que vão além da transmissão de conhecimento, mas deve acolher e integrar os envolvidos, educandos e educadores, em prol de um mesmo ideal.

O referido ideal visa à formação de uma cultura de respeito à dignidade humana por meio da promoção e vivência dos valores da liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz. Portanto, a formação dessa cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, dos valores essenciais já citados – os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2000).

E o que é a dignidade humana? Mais um conceito jurídico indeterminado, integrante de norma jurídica de eficácia limitada? Apresenta-se como norma programática e, portanto, pode ser relegada para momento posterior, conveniente e oportuno?

Mas oportuno para quem?

A conveniência da Administração Pública guarda estreita relevância com a conveniência e o interesse da sociedade?

As respostas estão parcialmente contidas nas palavras de Maria Victoria Benevides (2000):

A dignidade do ser humano não repousa apenas na racionalidade; no processo educativo procuramos atingir a razão, mas também a emoção, isto é, corações e mentes – pois o homem não é apenas um ser que pensa e raciocina, mas que chora e que ri, que é capaz de amar e de odiar, que é capaz de sentir indignação e enternecimento, que é capaz da criação estética. Unamuno dizia que o que mais nos diferencia dos outros animais é o sentimento, e não a racionalidade. O homem é um ser

essencialmente moral, ou seja, o seu comportamento racional estará sempre sujeito a juízos sobre o bem e o mal. Nenhum outro ser no mundo pode ser assim apreciado em termos de dever ser, da sua bondade ou da sua maldade. Portanto, o ser humano tem a sua dignidade explicitada através de características que são únicas e exclusivas da pessoa humana; além da liberdade como fonte da vida ética, só o ser humano é dotado de vontade, de preferências valorativas, de autonomia, de auto-consciência como o oposto da alienação. Só o ser humano tem a memória e a consciência de sua própria subjetividade, de sua própria história no tempo e no espaço e se enxerga como um sujeito no mundo, vivente e mortal. Só o ser humano tem sociabilidade, somente ele pode desenvolver suas virtualidades no sentido da cultura e do auto-aperfeiçoamento vivendo em sociedade e expressando-se através daquelas qualidades eminentes do ser humano como o amor, a razão e a criação estética, que são essencialmente comunicativas. É o único ser histórico, pois é o único que vive em perpétua transformação pela memória do passado e pelo projeto do futuro. Sua unidade existencial significa que o ser humano é único e insubstituível. Como dizia Kant, é o único ser cuja existência é um valor absoluto, é um fim em si e não um meio para outras coisas.

A educação, e por que não dizer a educação em direitos humanos, é medida que se impõe como necessidade e garantia de uma sociedade que busca a redução da violência e a construção do bem-estar social, semeando a tolerância e a paz, em conformidade com os princípios fundamentais que inauguram o texto constitucional de 1988 (artigos 1º ao 4º da Constituição Federal), especialmente para demonstrar, no cenário internacional, quais os princípios que nos fundam e baseiam toda a interpretação da norma infraconstitucional.

Além disso,

A educação em direitos humanos abrange não apenas as atividades costumeiras da educação, como a leitura, a escrita e a aritmética, mas também envolve o fortalecimento da capacidade de usufruir e de construir uma cultura em que prevaleça o exer-

cício de todos os direitos humanos (REIS, 2010, p. 160-161).

Suzéte Reis (2010, p. 160-161) ainda nos aponta cinco componentes determinantes para a efetivação da educação em direitos humanos: políticas educacionais; aplicação de políticas (envolvendo a aplicação de recursos suficientes); contexto da aprendizagem que deve expandir-se em toda escola; ensino e aprendizagem; e formação e aperfeiçoamento profissional dos docentes.

Vale consignar que, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) se apresenta como o compromisso do Estado com a concretização dos direitos humanos. Aprofunda questões do Programa Nacional de Direitos Humanos e incorpora aspectos dos principais documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, procurando agregar demandas há muito em voga em nossa sociedade, especialmente para a efetivação da democracia, do desenvolvimento, da justiça social e pela construção de uma cultura de paz.

Já no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, a educação contribui também para: 1. criar uma cultura universal dos direitos humanos; 2. exercitar o respeito, a tolerância, a promoção e a valorização das diversidades (étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, físico-individual, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, entre outras) e a solidariedade entre povos e nações; 3. assegurar a todas as pessoas o acesso à participação efetiva em uma sociedade livre (BRASIL, 2007).

Assim, a educação em direitos humanos deve abarcar questões concernentes aos campos da educação formal, à escola, aos procedimentos pedagógicos, às agendas e aos instrumentos que possibilitem uma ação pedagógica conscientizadora e libertadora, voltada para o respeito e a valorização da diversidade, e aos conceitos de sustentabilidade e de formação da cidadania ativa.

Os planos são, portanto, instrumentos de normatização

das políticas públicas, formas imprescindíveis à concretização do direito que coordena, institui e implementa.

Assim, quanto à construção de políticas públicas<sup>7</sup>, cujos desenhos devem ser **capazes de comportar de complexidade das relações** que criam e desenvolvem a violência nas escolas, vale ainda destacar:

[...] as especificidades nacionais devem ser consideradas para o desenho de políticas públicas. Para tanto se faz necessário: enfatizar a importância da educação e dos serviços de atenção especializados voltados para a “convivência cidadã”; conjugar participação com responsabilidades sociais; resgatar a confiança nas instituições, espaços de socialização; e proporcionar oportunidades para atividades culturais, de integração comunitária e trabalhos com a família, entre outros. Todas essas diretrizes indicam que políticas devem ser firmadas nas ações de prevenção das violências e não basear-se em medidas repressivas. Em relação à escola, tendo como base o conhecimento humano acumulado, deve haver uma preocupação com propostas pedagógicas mais atraentes às linguagens juvenis. Destaca-se, também, a importância de enfoques integrais, ou seja, lidar com diversos campos de vida, e considerar os jovens como importantes protagonistas das políticas públicas educacionais (ABRAMOVAY, 2002, p. 322).

As políticas públicas se prestam à resolução de um problema iminente na sociedade, visando sempre aos valores máximos da justiça e à construção do desenvolvimento.

Nessa linha, a educação em direitos humanos, por meio de planos e programas, como os já citados, estrutura-se como política pública que visa, entre tantas soluções a que se presta a educação, amenizar o problema da violência, e isso se dá por meio de um de seus instrumentos, a “Cultura da Paz”, que, em longo prazo, pode ser um método possível para uma escola mais acolhedora e transformadora, e, como consequência, capaz de

<sup>7</sup> Em proposta prática na linha do presente artigo, vale recomendar Chrispino e Dusi (2008).

se multiplicar em conduta para toda a sociedade.

A “Cultura da Paz” pode ainda se manifestar como o instrumento da mediação de conflitos, tema inclusive que ganhou relevo com a intensificação da contemporânea forma de violência, o *bullying*.

É um fenômeno marcante e sua gravidade passou a ser pesquisada a partir dos anos 90 quando repetidas ações de tirania, opressão, dominação e agressão passaram a ser observadas com frequência no meio escolar. *Bullying* é uma palavra inglesa que traduzida literalmente quer dizer oprimir, amedrontar, maltratar, ameaçar, intimidar (CARREIRA, 2015).

E, ainda, vale ressaltar:

Percebe-se nesse contexto atual da sociedade, a urgência de uma educação inclusiva voltada para uma cultura de paz na escola, pois esta se constitui um dos principais espaços públicos de inserção do adolescente, tornando-se uma referência de conhecimento e valores nela propagados. Aos educadores cabe o enorme desafio de “rastrear as cenas constitutivas da violência e os efeitos que são presenciados para que sejam identificados os dispositivos de poder inerentes a elas e para que sejam construídas estratégias de superação da violência com ações voltadas para uma cultura de paz” (GROSSI et alli, 2005, p. 25). Mas essa paz da qual falamos, é construída a partir de sua associação com a justiça social, igualdade e solidariedade. Ampliando o olhar reflexivo para fora dos muros escolares, percebe-se a violência de forma mais complexa e invisibilizada nos índices de analfabetismo, fome e miséria da população. Vivemos um período de grandes transformações sociais que interferem diretamente em nosso cotidiano. Nesse contexto, encontramos a violência social, que é formada por um conjunto complexo de fatos e causas (GROSSI; AGUINSKY, 2006, p. 419).

Para encerrar a inacabada discussão, ainda sem a certeza de uma eficiente solução, são relevantes as proposições de Cerqueira e Souza (2014, p. 138):

Retomando, as principais propostas no “bom combate” à violência escolar, como diria Freire, seriam: diálogo como principal caminho para resolução dos problemas, formação de mediadores para casos de violência, formação de professores para ação como mediadores em conflitos, gestão voltada para o diálogo, regras construídas com o grupo de estudantes, oportunidades de ampla defesa nos problemas disciplinares, ação da família junto à escola para complementar as ações antiviolaência, preparo dos funcionários administrativos para o atendimento ao público com foco na identificação de possíveis situações conflitantes e como evitá-las, além da proposta de trabalho com equipes interdisciplinares sempre que possível.

### A Cultura da Paz é

[...] um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados no respeito pleno à vida e na promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, propiciando o fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações (NACIONES UNIDAS, 1999).

Sendo assim, conforme tudo o que já foi exposto, é medida que se impõe para uma resolução permanente e global. É atitude, todavia, que se constrói dia após dia e que depende de uma atuação proativa de todos os envolvidos no cenário educacional.

O direito pode e deve intervir na regulação e implementação de políticas públicas que respondam ao anseio social e se encaixem no modelo jurídico estatal já construído, tendo-se em conta sua transdisciplinaridade.

## 5. CONCLUSÕES

“[...] almejamos um mundo fundado em quatro liberdades humanas essenciais. A primeira é a liberdade de expressão – em todos os lugares do

mundo. A segunda é a liberdade de toda pessoa adorar deus à sua própria maneira – em todos os lugares do mundo. A terceira é a liberdade de viver sem necessidade [...] em todos os lugares do mundo. A quarta é a liberdade de viver sem medo [...] em todos os lugares do mundo” (Franklin D. Roosevelt, 6 de janeiro de 1941)<sup>8</sup>.

Essa epígrafe é expressiva quanto ao valor da liberdade e está relacionada à felicidade e à construção da dignidade humana. Mas liberdade relaciona-se, especialmente, com o querer viver sem medo, direito que é abalado dia após dia diante da violência que se avoluma no cotidiano.

Como já dito, a escola é o microcosmo social. Tudo o que ocorre na sociedade, em menor escala (não proporcional, apenas numérica), ocorre na escola. Assim, pensemos no evoluir. O Estado nasce de uma formação abstrata hábil a regular as relações em sociedade, o mesmo ocorre na escola, só que de forma concreta e institucionalizada. Dessa forma, portanto, se a violência é a expressão da crise estatal, que não é capaz de construir o bem comum a que se destina e, assim, o seu mau funcionamento impulsiona a violência, a mesma correlação pode ser feita com a escola.

Se a escola não é capaz de cumprir o seu papel transformador, será berço de violência, repressão e insatisfação.

Apenas com a mudança da atuação da escola, por meio de seus dirigentes, envolvendo a comunidade e inserindo nos alunos a necessária Cultura da Paz, é que poderemos pensar em mudança também na sociedade.

A cultura popular expressa que a mudança ocorre de dentro para fora. Mudemos a escola e o seu agir, e, com certeza, cons-

---

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/pamphlet/2013/10/20131002283945.html#ixzz3eY9L2zFy>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

truiremos uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. *Violência nas escolas*. Brasília: Unesco, Coordenação DST/Aids do Ministério da Saúde, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, CNPq, Instituto Ayrton Senna, Unids, Banco Mundial, Usaid, Fundação Ford, Consed, Undime, 2002.

BENEVIDES, M. V. Educação em direitos humanos: de que se trata? In: SEMINÁRIO DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2000, São Paulo. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

BRASIL. *Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Unesco, 2007.

CARREIRA, D. B. X. Violência nas escolas: qual é o papel da gestão? Disponível em: <<https://www.ucb.br/sites/100/127/documentos/artigo13.doc>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

CERQUEIRA, M. C.; SOUZA, S. M. de. Violência escolar: reflexões pedagógicas. *Trama Interdisciplinar*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 133-140, maio 2014.

CHRISPINO, Á; DUSI, M. L. H. M. Uma proposta de modelagem de política pública para a redução da violência escolar e promoção da Cultura da Paz. *Ensaio: Avaliação de Políticas Públicas Educacionais*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 597-624, out./dez. 2008.

COURA, A. F. Ideologia como violência e seu antídoto: o direito constitucional à educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, v. 48, p. 167-186, jul./set. 2014.

DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 1163-1178, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232006000500007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000500007&lng=en&nrm=iso)>.

Acesso em: 4 ago. 2015.

GENTIL, A. B.; GONÇALVES, E. H. Abandonando a precariedade: a educação escolar como aporte da cidadania. In: XAVIER, L. de O. et al. (Org.). *Direitos humanos, cidadania e violência do brasil, estudos interdisciplinares*. Curitiba: CRV, 2013. v. 1.

GROSSI, P. K.; AGUINSKY, B. G. A construção da cultura de paz como uma estratégia de superação da violência no meio escolar: impasses e desafios. *Educação*, Porto Alegre, ano XXIX, v. 2, n. 59, p. 415-433, maio/ago. 2006.

NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/53/243, aprobada por La Asamblea General El 6 de octubre de 1999. Declaración y programa de acción sobre una Cultura de Paz. New York: ONU, 1999.

NASCIMENTO, C. Cada recuperação de menor infrator custa 10 salários por mês ao estado. *O Dia*, 2014. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-05-11/cada-recuperacao-de-menor-infrator-custa-10-salarios-por-mes-ao-estado.html>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

OUCHANA, D. Cultura da violência. *Revista Educação*, out. 2012. Disponível em: <<http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/186/cultura-da-violencia-271532-1.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

PINHEIRO, P. S.; ALMEIDA, G. A. de. Violência e escola: um evento de ruptura. In: VV.AA. *Violência nas escolas*. Brasília: Unesco, Coordenação DST/Aids do Ministério da Saúde, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, CNPq, Instituto Ayrton Senna, Unaid, Banco Mundial, Usaid, Fundação Ford, Consed, Undime, 2002

REIS, S. da S. Educação em direitos humanos: perspectivas de promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes. In: PES, J. H. F. (Coord.). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROLIM, M. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana*. Brasília: Unesco, Fundação Vale, 2008.

TEIXEIRA, S. R.; SERRAGLIO, D. A. Os custos da violência e a educação como caminho alternativo ao crescente panorama de criminalidade

no Brasil. In: FREITAS, V. P. de e T. (Coord.). *Segurança pública: das intenções à realidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

VERONESE, J. R. P.; HANOFF, R. V. Violência nas escolas: a relação família e escola na formação integral da criança e do adolescente. In: PES, J. H. F. (Coord.). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

WAISELFISZ, J. J. *Mortes matadas por arma de fogo*. Mapa da violência 2015. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2015. Disponível em: <[www.juventudo.gov.br/juventudeviva](http://www.juventudo.gov.br/juventudeviva)>. Acesso em: 4 ago. 2015.



# A FRAGILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMAS DE ABUSO – AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

*Ivone Maria Orsini Martinelli<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O forte impacto emocional, por que passam as vítimas de abuso, reforça a importância da atenção nas avaliações e de um encaminhamento para acompanhamento psicológico a fim de minimizar as marcas emocionais. Ao acompanhar o trabalho de uma instituição psiquiátrica, no contexto jurídico, pude ter o contato com pacientes de várias idades, mas as questões que mais se tornaram relevantes foram as perícias em crianças e adolescentes vítimas de abuso. No contato, foi possível observar e sentir os receios do periciando entrar em contato com a violência. A falta de orientação também aparece, pois o periciando chega com medo, pensando ser um exame clínico invasivo. A fragilidade psicológica desses periciandos aparece com sentimentos de impotência, e comportamentos depressivos e ansiosos. Os abusos mais atendidos são os sexuais cujo diagnóstico é muito difícil. Quando se refere a algum membro da família, na maior parte das vezes, torna-se um segredo. Segundo Ramos

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências da Saúde da Faculdade de Medicina de Jundiaí e especialista em Neuropsicologia pelo Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Psicóloga.

(2012), esse comportamento pode ocorrer porque muitas vezes o abusador é o provedor da família, e a companheira prefere não tomar conhecimento do fato, por causa dos ganhos financeiros ou emocionais. Nos atendimentos, alguns periciandos não comparecem às perícias. Nesse caso, o responsável geralmente afirma que não quer “remexer” no caso, pois a vítima já se esqueceu e lembrar seria muito doloroso.

A palavra violência é descrita como o ato de violentar de modo exagerado contra o direito natural, forçando um indivíduo a se submeter a atos contra os seus desejos. As vítimas são pessoas vulneráveis, as quais sofrem agressões que podem resultar em danos biopsicossociais (ANDERSEN; AVILES, 2006 apud SERAFIM; SAFFI, 2012b). Geralmente, as vítimas são crianças, adolescentes, mulheres, idosos, deficientes e doentes mentais.

Pedersen e Grossi (2011) explicam que, na história, crianças e adolescentes tiveram um lugar de pouca atenção e visibilidade em relação à família, à sociedade e ao poder público. A criança ficava vulnerável e não era considerada sujeito de direitos com especial direito à proteção. Com a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 1990, aliado à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 1959) e à Constituição Federal, de 1988, a violência e todas as ações praticadas contra a criança e o adolescente passaram a ter maior atenção no que concerne à proteção contra abusos físicos, psicológicos, sexuais ou por negligência. A Declaração dos Direitos da Criança foi aprovada por unanimidade e proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959. Muitos dos direitos e das liberdades contidos nesse documento fazem parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa declaração é de extrema importância para a infância, pois torna a criança um sujeito de direitos, a preservar sua dignidade como pessoa humana.

Essa declaração consta de dez direitos, cada um ba-

seado em um princípio: direito à igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade; direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; direito a um nome e uma nacionalidade; direito à alimentação, moradia e assistência médica adequada para a criança e a mãe; direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; direito ao amor e à compreensão dos pais e da sociedade; direito à educação gratuita e ao lazer infantil; direito a ser socorrida em primeiro lugar, em caso de catástrofes; direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho; e direito a crescer, dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

No Brasil, a Lei Federal nº 8.069/90 – o ECA – adota a doutrina da proteção integral, que concebe a criança e o adolescente como sujeitos de direitos sociais, políticos e jurídicos (BRASIL, 1990). Em seu artigo 5º, o ECA expõe o seguinte:

[...] nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Zavasch et al. (2011) descrevem que o abuso sexual em crianças geralmente é executado por um cuidador conhecido que se aproveita da confiança da criança e das ameaças. A maior parte das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso que vivem em lugares que não oferecem segurança são mais suscetíveis, por falta de orientação e por acreditarem em promessas e ameaças que os deixam com medo de represálias.

A decorrência dos abusos reflete em um comportamento hostil, sem empatia, que pode acompanhar por toda a vida de uma pessoa. Gomes, Caetano e Jorge (2008) explicam que a criança e o adolescente em situações de abuso ficam vulneráveis e necessitam de amparo para que possam desenvolver um melhor equilíbrio psíquico.

Winnicott (2000) descreve que o processo evolutivo emocional ocorre nos momentos iniciais de vida, de modo a construir o desenvolvimento do indivíduo e gerar sustentação para uma saúde mental por meio da interação com o ambiente circundante. O desenvolvimento emocional da criança começa no primeiro ano de vida, com uma mãe, segundo Winnicott (2000), *suficientemente boa*, que terá uma dedicação exclusiva a seu bebê para proporcionar-lhe condições de desenvolver a individualidade. Essa mãe irá protegê-lo, alimentá-lo e respeitar suas vontades, com grandes expectativas e responsabilidades. Se essa experiência passar por alguma interferência ambiental, o bebê perderá essa proteção, e o crescimento emocional poderá sofrer consequências psíquicas. Essa mãe *suficientemente boa* necessita de um ambiente *suficientemente bom* para desenvolver essa maternagem *suficientemente boa*.

Na prevenção de boa saúde mental, a importância dos cuidados parentais torna-se assunto predominante a ser destacado. Convém destacar Bowlby (1988) quando afirma que a qualidade dos cuidados parentais que uma criança recebe nos primeiros anos de vida tem importância para sua saúde mental. O bebê e a criança pequena têm necessidade de se sentir acolhidos, de maneira calorosa, íntima e contínua, pela mãe ou pela pessoa que está no dia a dia. Esse relacionamento tem que ser incondicional, especial, o que faz com que a personalidade e a saúde mental se formem de maneira saudável e com muito afeto. Assim, a vivência do bebê ou da criança pequena deve ser associada a uma relação íntima, contínua e calorosa. (BOWLBY, 2006).

Bowlby (1988), por meio de suas observações, relata que a criança pode sofrer a privação da mãe em situações diferentes. A mãe pode ser incapaz de demonstrar afeto ou a criança pode ser afastada de sua progenitora. Pode ocorrer a “privação parcial” ou “quase total”. A criança pode ficar hospitalizada ou em creches, sem ter uma única pessoa que a acolha de forma pessoal, passando-lhe segurança. Sentir-se-á desamparada, com uma enorme angústia, necessitando de muito amor, poderá

desenvolver sentimentos de vingança e até ter sentimentos de culpa, além de apresentar forte depressão. Conseqüentemente, o bebê e a criança pequena, através do vínculo com a mãe, podem criar impulsos e emoções que não conseguem suportar por não terem maturidade. Assim, podem surgir distúrbios nervosos ou uma personalidade instável como consequência dos conflitos pelos quais passaram. Outro fato que pode ser apontado é que as mesmas dificuldades pelas quais os pais passaram repetem-se com a criança. Bowlby (1988) ainda refere outras formas de separação ou rejeição total, que causarão uma saúde mental comprometida pela difícil relação entre pais e filhos.

Crianças que passam por privação afetiva poderão ser pais inábeis para cuidar dos próprios filhos. De acordo com Meyer (2002), a família constitui-se num grupo social em que os membros procuram se organizar, com o propósito de trabalhar seus temores e ansiedades. A família tenta se proteger de ameaças que possam ocorrer na organização que consegue formar. A família é a primeira instituição social na qual nos colocamos procurando proteção física e psíquica. Uma das principais funções da família é ajudar seus componentes a passar de uma situação de absoluta dependência para uma gradativa autonomia, de modo a possibilitar que cada membro seja capaz de constituir uma nova família.

A violência pode estar associada às políticas de saúde pública, que incluem as estruturas sociais, econômicas, educacionais, culturais e políticas. A partir da percepção de que a família continua a ser a célula básica da sociedade, e a organização social é responsável pela socialização, a vulnerabilidade por não ter assistência das políticas públicas impede que ela se responsabilize em atender às necessidades básicas de seus membros. Em alguns casos, a violência que acontece dentro de casa retira a dignidade da criança e do adolescente, tornando-os objetos de maus-tratos. A falta de cuidados dos responsáveis pode ocasionar danos físicos, emocionais e sexuais a esses seres que se tornam vítimas

Serafim e Saffi (2012a) propõem que qualquer conduta sexual realizada sem consentimento é denominada violência sexual. São considerados abusos sexuais desde carícias e olhares intrigantes até atos com violência e morte.

Florentino (2015) nitidamente coloca a importância das consequências causadas pelo abuso sexual no desenvolvimento da criança, pois são invasivos ao corpo e à mente.

O abuso sexual caracteriza-se por qualquer ação de interesse sexual de um ou mais adultos em relação a uma criança ou adolescente, podendo ocorrer tanto no âmbito intrafamiliar – relação entre pessoas que tenham laços afetivos, quanto no âmbito extrafamiliar – relação entre pessoas que não possuem parentesco (FLORENTINO, 2015, p. 1).

De acordo com a literatura, as consequências da violência sexual ocorrida na infância ou na adolescência são ansiedade, depressão, raiva, dissociação, problemas interpessoais, além de psicopatologias como abuso de álcool e substâncias, transtornos alimentares, transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno do estresse pós-traumático e transtorno de personalidade *border-line*. Independentemente do sexo das vítimas, a ocorrência da violência sexual é um fator de risco para o desenvolvimento de sintomas e quadros psicopatológicos. É considerada, então, um estressor generalizado, e as consequências apresentadas pelas vítimas dependerão da sua propensão para apresentá-las (MAIA; WILLIAMS, 2005).

Serafim e Saffi (2012b) propõem que o histórico de violência sexual está associado aos transtornos mentais e do comportamento, podendo resultar em vários distúrbios psiquiátricos.

O abuso infantil no relacionamento entre pais e filhos é explicado como uma fragmentação na capacidade de convivência entre adultos e crianças. Gelder, Mayou e Geddes (2002) atribuem o abuso infantil às formas de abuso físico, abuso sexual, abuso emocional, abuso fetal, negligência e síndrome de

Munchausen por procuração. O abuso físico é explicado como ferimento não acidental, em que geralmente um dos pais, um companheiro ou uma pessoa que seja responsável pelos cuidados da criança causa ferimentos nesta. Há relatos de que os ferimentos causados pelas agressões nem sempre chegam ao atendimento profissional. Entre os ferimentos causados por abuso físico, podem ser destacados: machucados múltiplos, abrasões, mordidas, queimaduras, lábios rasgados, fraturas, hemorragia de retina e hemorragia subdural.

A síndrome de Munchausen, descrita primeiramente pelo médico inglês Richard Asher em 1951, é um transtorno fictício em que o paciente se mostra aguda e dramaticamente doente, com a habilidade de mimetizar sinais e sintomas de forma a necessitar de internações prolongadas, procedimentos de diagnósticos invasivos, longo tempo de terapia com as mais variadas classes de drogas e cirurgias. Segundo a Associação Psiquiátrica Americana, o critério para o diagnóstico de desordem factícia é produção intencional de sinais e sintomas físicos ou psicológicos, sem que o paciente obtenha algo em troca, como ganho financeiro ou liberação de responsabilidade legal, melhora do bem-estar físico ou uso de determinadas medicações. Na simulação, observa-se que o paciente tem o objetivo de receber, com sua sintomatologia, ganho financeiro, previdenciário, judicial, pessoal, entre outros. De acordo com o *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM-IV-TR* (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002), os transtornos factícios caracterizam-se por sintomas físicos ou psicológicos intencionalmente produzidos ou simulados com a finalidade de assumir o papel de doente. É importante observar que a presença de sintomas factícios não elimina a coexistência de sintomas somáticos ou psicológicos verdadeiros.

Os critérios diagnósticos para transtorno factício, segundo o DSM IV-TR (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002), são:

- produção ou simulação intencional de sinais ou sintomas físicos ou psicológicos;
- motivação para o comportamento consistente em assumir o papel de enfermo;
- ausência de incentivos externos para o comportamento (tais como vantagens econômicas, esquivas de responsabilidades legais ou melhora no bem-estar físico, como na simulação).

O abuso emocional é explicado por uma displicência das necessidades físicas e emocionais das crianças, da educação, da falta de atendimento médico que pode resultar em dano físico ou psicológico. As necessidades emocionais e de alimentação da criança podem prejudicar o desenvolvimento desta. Quando se trata de crianças com menos de 3 anos, esse quadro é denominado “falência não orgânica do crescimento”; no caso de crianças acima dessa idade, esse processo é chamado de “nanismo por privação”. Ocorre um atraso no desenvolvimento, com diminuição na altura e no peso. Observam-se crianças com muita irritação e infelizes, mas, se for detectado logo esse descuido, elas poderão se recuperar. Segundo Day et al. (2003), a violência psicológica é a forma mais subjetiva de violência e acontece com frequência associada a agressões corporais. Deixa profundas marcas no desenvolvimento, podendo comprometer toda a vida mental. Ressalta-se, nesse aspecto, que uma das mais graves formas de abuso emocional é a alienação parental. De acordo com Rocha (2012), “a alienação parental é uma maldade discreta disfarçada pelo sentimento de amor e dos cuidados parentais”. Richard Gardner (2012, p. 2), professor de Psiquiatria Clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia, instituiu a expressão alienação parental e a descreveu como:

[...] um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos

genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinaçção das instruçções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinaçção”) e contribuiçções da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicaçção de Síndrome de Alienaçção Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Uma criança exposta a essa síndrome denota uma forma de abuso, neste caso um abuso emocional pelo fato de, razoavelmente, poder conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligaçção psicológica entre a criança e um genitor dedicado e amoroso. Existem casos que levam à destruiçção total dessa ligaçção, com alienaçção por toda a vida. Um genitor que apresenta esse comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental grave, mas seus argumentos reportam ao fato de que é um genitor exemplar. Esse genitor, em seu propósito de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, fica tão transtornado que deixa de ver as consequências psicológicas produzidas na criança, resultantes de suas orientaçções de síndrome de alienaçção parental. Essas consequências afetam o presente e o futuro. Segundo Gardner (2012), essa síndrome é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança de uma maneira total, nos tipos moderado e severo principalmente.

Entre os sintomas, Gardner (2012, p. 3), destaca:

- Campanha denegritória contra o genitor alienado.
- Racionalizaçções fracas, absurdas ou frívolas para a depreciaçção.
- Falta de ambivalência.
- Fenômeno do “pensador independente”.
- Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
- Ausência de culpa sobre a crueldade e/ou exploraçção contra o genitor alienado.
- A presença de “encenaçções encomendadas.
- Propagaçção da animosidade aos amigos e/ou à família extensa

## do genitor alienado”.

Rocha propõe que, no estágio médio ou grave, quando a alienação está fixada na criança alienada, esta começa a tratar o genitor como inimigo e passa a odiá-lo e todos que o cercam. De acordo com Aguilar (2008), as crianças são, algumas vezes, usadas como arma de arremesso. Os filhos seriam o último recurso usado para agredir o cônjuge.

A psicologia unida ao direito tem se preocupado com a valorização da importância da família para um desenvolvimento saudável de seus componentes. A literatura aponta que a estrutura hierárquica da família se fundamentou no poder advindo do patriarca e de seus direitos, inclusive no poder de usar a violência para manter a ordem. Essa estrutura de dominação foi se cristalizando tanto na imagem como na realidade.

A violação dos direitos da criança e do adolescente nos leva a questionar que atitudes são determinantes para que haja respeito e dignidade em relação a eles. Para Cunha (2000), os testes psicológicos, na avaliação pericial, são considerados importantes instrumentos no auxílio a um psicodiagnóstico. Para Serafim e Saffi (2012a), a perícia psicológica é utilizada como prova, na qual a pessoa que tem uma qualificação técnica é nomeada pelo juiz.

A entrevista diagnóstica, composta da escuta das vítimas e dos responsáveis, mantém-se como a principal técnica que o psicólogo deve conhecer, por meio da aprendizagem, e desenvolver. Por meio da entrevista diagnóstica, pode ser feita uma análise da sintomatologia e do contexto, de modo a colaborar na identificação de possíveis pressões e motivações para falsos depoimentos, os quais podem resultar na produção de falsas memórias. É essencial que o profissional da psicologia siga uma estratégia, selecionando os instrumentos adequados, para obter o discurso do periciado de forma neutra e evitar contaminações ou sugestibilidade. Os profissionais da área da saúde concordam que as situações de crianças e adolescentes vítimas de

abuso sexual são um desafio. O que os faz chegar a esse consenso é que a maior parte dos casos envolve crianças muito pequenas, com dificuldades na comunicação verbal e na compreensão, e a presença de ansiedade excessiva (FRIEDRICH, 2001). Também explicam que, nos casos de abuso por pessoas da própria família, a criança frequentemente não consegue distinguir o ato praticado pelo cuidador, que deveria ser responsável pela sua proteção e pela promoção de suas necessidades básicas, como uma impossibilidade de distinguir a natureza dos atos praticados pelo agressor, ou seja, incapacita-se em separar atitudes corretas ou incorretas contra ela mesma.

## **2. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste capítulo, abordamos a fragilidade psicológica da criança e do adolescente vítimas de violência e a importância de uma estrutura familiar que os proteja e possa proporcionar condições dignas de desenvolver positivamente a saúde psíquica. É fundamental a importância das políticas públicas, na saúde e educação, para que possa oferecer apoio à criança e ao adolescente, a fim de desenvolver recursos para a sua proteção. A avaliação psicológica, com uma entrevista diagnóstica aprofundada, auxilia a perícia de crianças e adolescentes vítimas de abuso, para que eles possam ter um tratamento e desenvolver habilidades e trabalhar dificuldades. Infelizmente, a maior parte dos casos é diagnosticada tardiamente e quando o desenvolvimento desses indivíduos já foi afetado. A criança e o adolescente, diante da fragilidade em situações de abuso, necessitam de mais assistência e intervenções preventivas com a finalidade de desenvolver uma boa saúde psíquica.

## **REFERÊNCIAS**

- AGUILAR, J. M. *Síndrome de alienação parental: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*. Casal de Cambra: Caleidoscópio, 2008.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM-TR*. Tradução Cláudia Dornelles. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- ANDERSEN, T. R.; AVILES, A. M. Diverses faces of domestic violence. *The ABNF Journal*, Lisle, v. 17 n. 4, p. 129-132, 2006.
- BOWLBY, Jn. *Cuidados maternos e saúde mental*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Cuidados maternos e saúde mental*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Brasília. (DF, [1990.]). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- CUNHA J. A. *Psicodiagnóstico V*. Porto Alegre: Artes Médicas. 2003.
- DAY, V. P. et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, v. 5, p. 9-21, abr. 2003. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1](http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1)>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- FLORENTINO, B. R. B. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 27, n. 2, p. 139-144, ago. 2015.
- FRIEDRICH, W. N. *Psychological assessment of sexually abused children and their families*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2001.
- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Declaração dos direitos da criança, 1959. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil>>. Acesso em: 1º jan. 2014.
- GARDNER, R. A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? 2002. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- GELDER, M.; MAYOU, R.; GEDDES, J. *Tratado de psiquiatria*. Tradução Martha Luiza Quintella Alves Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

GOMES, S. L. V.; CAETANO, R.; JORGE, M. S. B. A criança e seus direitos na família e na sociedade: uma cartografia das leis e resoluções. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 61, n. 1, jan./fev. 2008. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/reben/v61n1/09.pdf](http://www.scielo.br/pdf/reben/v61n1/09.pdf)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

MAIA, J. M. D.; WILLIAMS, L. C. de A. Fatores de risco e fatores de proteção ao desenvolvimento infantil: uma revisão da área. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v. 13, n. 2, p. 91-103, dez. 2005. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2005000200002&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2005000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 7 jul. 2016.

MEYER, L. *Família: dinâmica e terapia*: uma abordagem psicanalítica. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

PEDERSEN, J. R.; GROSSI, P. K. O abuso sexual intrafamiliar e a violência estrutural. In: AZAMBUJA, F. et al. *Violência sexual contra crianças e adolescentes*, Porto Alegre: Artmed, 2011.

RAMOS, P. P. de O. C. Abuso sexual ou alienação parental: o difícil diagnóstico. In: PAULO, B. M. *Psicologia na prática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, M. J. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, B. M. *Psicologia na prática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SERAFIM, A. de P.; SAFFI, F. Psicologia investigativa nos casos de suspeita de abuso sexual. In: PAULO, B. M. *Psicologia na prática jurídica*. 2. ed.-São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2012b.

WINNICOTT, D. W. *Da pediatria à psicanálise*: obras escolhidas. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

ZAVASCH, M. L. S. et al. *Violência sexual contra crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Artmed, 2011.



## Parte II

# EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



# DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA LEITURA DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA

*Antônio Ernani Pedroso Calhao*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Criança e adolescente, como conceito jurídico, vêm sendo objeto de grandes mudanças no curso do tempo. Aliam-se questões de cunho social no campo da pedagogia a aspectos atinentes ao direito, na perspectiva de um *maximum ético* visando à universalização de direitos fundamentais. Acima de tudo, trata-se da efetivação e fruição do *mínimo ético*, respaldado nas igualdades formal e material, fincadas que estão no humanismo contemporâneo.

A doutrina da *proteção integral*, como se verá, situa-se no entroncamento do fundamento do *mínimo ético existencial*, proposto pelo *welfare state* de segunda dimensão, ao conceito de *maximum ético*, como uma dimensão de terceiro grau dos direitos

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

fundamentais.

O legado da Revolução Francesa aos filósofos do direito foram os valores da liberdade, igualdade e fraternidade. Ensina Andrade (2010, p. 21-35) que, na formulação de políticas sociais, o desafio situa-se em aliar liberdade e igualdade à dimensão *fraternal*, esta última vista como o direito da *totalidade social* na comunhão do universal e do particular. Dessa comunhão resulta o maior e mais instigante desdobramento dos direitos humanos nos dias atuais. É célebre a noção de que não basta proclamar direitos; este é o momento de se efetivarem as garantias no campo da totalidade social.

Compreender as políticas sociais destinadas aos desiguais e suas vulnerabilidades cobra uma postura de reconhecimento da *fraternidade*, como um parâmetro essencial na sociedade de homens. Por isso, diz Bonavides (2014, p. 584) que o *direito de fraternidade* tem por destinatário o *gênero humano*, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo, em termos de sua existencialidade concreta.

A construção da doutrina da *proteção integral* da criança e do adolescente pode ser apreendida, na contemporaneidade, a partir da constatação de que os direitos humanos, para além da sua universalidade, comportam também a inclusividade (MBAYA, 1997). Como diz Mbaya (1997), a maioria da humanidade possui aspirações que se traduzem por um desejo de mudanças e concretização. A inclusividade, como denota o próprio vocábulo, traz ínsita a ideia de políticas públicas de efetivação dirigida aos desfavorecidos, as vítimas de opressão, discriminação e exploração.

Está a se falar do *gênero humano* a exigir uma atuação do Estado que substitua sistemas e práticas de opressão e exploração por relações baseadas na justiça e no respeito aos direitos humanos (MBAYA, 1997, p. 18). Em outros termos, a proteção integral recobra uma atuação fundada no tripé família, Estado e sociedade, como *locus* operativo da existencialidade suprema e inclusiva do *gênero humano*. A criança e o adolescente têm

direitos específicos a serem protegidos. São pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser promovida mediante um crescimento biopsíquico saudável, além de tutelar adequadamente sua personalidade. Portanto, reconhece-se na infância e juventude a vulnerabilidade do gênero humano como o ponto de partida, na exata dimensão do princípio da fraternidade de que falou Bonavides (2014) linhas atrás.

## 2. OS ANTECEDENTES

Um olhar mais recente na história remete à situação da criança inserida em um modelo familiar típico da sociedade industrial e de consumo. Na era da Revolução Industrial, o esgarçamento das relações sociais modificou, substancialmente, o padrão familiar com o afastamento compulsório da mulher das atividades de proteção e cuidado com a família. A formação do proletariado lançou ao mercado de trabalho as populações economicamente ativas – homens e mulheres em condições de assumir o labor – e também a força de trabalho de infantes e idosos, ou seja, daqueles segmentos sociais mais vulneráveis pela precocidade ou senilidade (ENGELS, 1986, p. 165-166, 170-171, 172-174)<sup>2</sup>.

O desenho mais cruel dessa realidade é feito pelo filósofo Engels (1986)<sup>3</sup>, ao se referir ao abandono das crianças que “cres-

---

<sup>2</sup> Dos 419.590 operários de fábrica do império britânico (em 1839), 192.887 (ou seja, quase metade) tinham menos de 18 anos e 242.996 eram do sexo feminino, dos quais 112.192 menores de 18 anos.

<sup>3</sup> De acordo com Engels (1986), “o resultado inevitável e a alteração da ordem social existente, que, precisamente porque é imposta, tem consequências muito funestas para os operários. Sobretudo o trabalho das mulheres desagrega completamente a família; porque, quando a mulher passa cotidianamente 12 ou 13 horas na fábrica e o homem também trabalha aí ou em outro emprego, o que acontece às crianças? Crescem, entregues a si próprias como a erva daninha, entregam-nas para serem guardadas fora por um *shilling* ou *shilling* e

cem entregues a si próprias como a erva daninha”, associando à reflexão a já conhecida “terceirização” da educação. Atribui-se a estranhos os cuidados de formação e afeto indispensáveis ao fortalecimento da *psique* dos nascituros na tenra infância<sup>4</sup>. A moderna psicologia demonstra a fartar que é o afeto a base sensorial na qual assenta o relacionamento do ser humano e que o instrumentaliza para a leitura do mundo individual de cada um. São os pais, ou responsáveis, que ensinam como o mundo funciona.

A ausência de afeto é uma forma de abandono cujas marcas projetam-se no futuro adulto, com tendências a se reproduzirem. A infância é o período de formação de parâmetros comparativos, o que aprende ganha caráter de verdade inquestionável. Eis um ciclo vicioso a ser evitado com políticas públicas de proteção à infância e à maternidade.

Não há como deixar de reconhecer que o século XIX foi marcado pela insuficiência de direitos individuais e consequente déficit de proteção à fragilização das classes operárias. Questões dessa natureza foram o alvo das políticas sociais compensatórias do início do século XX, em cujo seio se inserem as primeiras normas de proteção à infância, como se constata das duas constituições pioneiras: a mexicana de 1917 e a de Weimer de 1919. O intento maior foi a conjugação dos direitos individuais aos econômicos e sociais. Inspiraram, como muito conhecido pela doutrina, as constituições europeias do pós-guerra modelando o Estado social.

Entretanto, essa visão de políticas assecuratórias das fragilidades humanas também se esmaeceu no curso das transformações tecnológicas e sociais do mundo globalizado. O momento

---

meio por semana, e podemos imaginar como são tratadas. E por essa razão que se multiplicam de uma maneira alarmante, nos distritos industriais, os acidentes de que as crianças são vítimas por falta de vigilância”. Ver também Hobsbawm (1979, p. 121-125).

<sup>4</sup> Para Freud, “A afetividade é o fundamento de todo o crescimento, relacionamento e aprendizagem humana” (ENDERLE, 1990).

atual está a reclamar uma atitude humanizadora e integradora dos atores sociais. Os direitos humanos assumiram o papel de direitos fundamentais, pois, sem eles, as pessoas não conseguem existir ou não são capazes de se desenvolver e participar plenamente da vida. A virada ética do mundo pós-Segunda Guerra Mundial refundou as bases da teoria democrática do direito ao proclamar a igualdade dos homens em dignidade e direitos. O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos fez incorporar aos cânones da igualdade o preceito da fraternidade, sobre o qual se erigiu a pedra fundamental da dignidade da pessoa humana.

### **3. AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS NA FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ESTADO SOCIAL**

Quando se conjuga a base histórica à evolução dos estudos psicossociais relativos à família, é possível resgatar a doutrina da proteção integral, que paulatinamente foi se formando na tradição universalista. A pauta de uma agenda positiva de proteção da criança traz ínsitas ações que visam à redução das carências afetivas e materiais, como também estabelece as bases normativas de proteção à opressão e negligência no âmbito privado – como a exploração do trabalho infantil – e em face do próprio Estado, na aplicação das medidas protetivas.

Os abusos existiram nos campos público e privado. As reivindicações operárias, consagradas pelas revoluções russas e celebradas na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, foram o motor de um novo pensamento político e uma nova forma de pensar os direitos fundamentais.

Uma primeira ação proposta no plano internacional pode ser vislumbrada no âmbito materno-infantil. Preocupações com saúde, vida social e família, bem-estar da mulher e do filho, da gestão ao parto, foram alvo de medidas adotadas pela extinta

Liga das Nações e pela Organização Internacional do Trabalho, entre os anos de 1919 e 1920. Uma questão de barbárie era a ocorrência de tráfico de mulheres e crianças que necessitava de atenção. Destaca-se, nesse plano, a primeira referência de índole protetiva introduzida pela Declaração de Genebra dos Direitos da Criança de 1924<sup>5</sup>. Prenunciava o caráter *universalista* e *inclusivista* dos direitos humanos fundamentais proibindo distinções de qualquer natureza e agasalhando a família moral e materialmente. Anota a doutrina que, embora nobre a sua motivação, tal declaração não teve o impacto para se firmar no âmbito das sociedades industriais, dado o seu caráter meramente declaratório e não sancionador<sup>6</sup>.

À Declaração de Genebra seguiram-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>7</sup>, com expressa proteção aos direitos das crianças à maternidade e assistência especiais, e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959<sup>8</sup> da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Como instrumento declaratório, constituíram-se em um padrão moral para

---

<sup>5</sup> A declaração reconhece que a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família, e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>6</sup> Philip Alston (2000, p. 574), a respeito de tal declaração, observou que um de seus defeitos era o fato de ela, de forma alguma, obrigar os Estados, uma vez que era tomada como uma “*declaração de obrigações dos homens e das mulheres de todas as nações*”.

<sup>7</sup> O seu artigo 25 reconhece que “a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais”. Refere igualmente que “todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”.

<sup>8</sup> De acordo com essa declaração, a criança deve gozar de proteção especial e beneficiar-se de oportunidades e facilidades para desenvolver-se de maneira sadia e normal, e em condições de liberdade e dignidade.

os direitos da criança, apesar de não comportarem quaisquer obrigações jurídicas.

Também podem se enquadradas nos documentos internacionais de proteção à criança as Regras de Beijing de 1985<sup>9</sup> que estabelecem padrões mínimos das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Contudo, tais instrumentos eram declaratórios e não vinculativos. A proteção das crianças necessitava de proteção e cuidados especiais, impedindo todas as formas de negligência, crueldade ou exploração. O caráter formativo e educativo deveria ser priorizado e o seu acesso ao mercado de trabalho somente admitido após ter atingido a idade mínima apropriada. Sob esse prisma, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 marcou, decisivamente, esse intento com a designação do Ano Internacional da Criança em 1979. Proteger os interesses das crianças e a conscientização pública e política da proteção integral foram a pauta da Assembleia Geral da ONU para a apresentação do projeto inicial de uma Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Após uma década de negociações, a convenção foi aprovada a 20 de novembro de 1989<sup>10</sup>. Até 2013 essa convenção contava

---

<sup>9</sup> Essas orientações básicas de caráter geral referem-se à política social no seu conjunto e visam promover ao máximo a proteção social dos jovens, para evitar a necessidade de intervenção do sistema de justiça de menores e o prejuízo muitas vezes causado por essa intervenção. Essas medidas de proteção social dos jovens, antes da passagem de delinquência, são absolutamente indispensáveis para evitar a necessidade de aplicação das presentes regras. Mais informações estão disponíveis em: <<http://www.rolim.com.br/2006/pdfs/dez06a.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>10</sup> “A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança foi finalmente adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989 e aberta à assinatura e ratificação ou acção em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990. Entrou em vigor a 2 de Setembro de 1990, nos termos do seu artigo 49º. É de notar que a data de adopção da Convenção não foi determinada ao acaso, correspondendo o dia 20 de Novembro de 1989 à data do trigésimo aniversário da

com a ratificação de 193 Estados-parte, sendo indicado como o tratado de direitos humanos com o maior número de adesões na esfera internacional (ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013).

#### 4. FUNDAMENTOS INTERNACIONALISTAS DA DOCTRINA DA INTEGRAL PROTEÇÃO

A doutrina da proteção integral, nesse passo, tem suas bases fincadas nos precedentes supramencionados e transportam as noções do *direito à fraternidade*, destinado a garantir o *gênero humano*. As constituições sociais prenunciam a dinâmica do Estado segurador das vulnerabilidades humanas. A exurgência do direito internacional dos humanos, fundado no princípio dignidade da pessoa humana, dá a contextura aos direitos sociais de segunda dimensão e se projeta na reconfiguração de uma nova ordem institucional modelada pela solidariedade.

Importa explicitar as principais influências doutrinárias que inspiraram o legislador internacional acerca das bases dos *princípios do melhor interesse da criança* e do *princípio da proteção integral*, este como derivação daquele.

O *princípio do melhor interesse da criança*, de origem anglo-saxônica (*the best interest of the child*), está previsto no artigo 7º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. O “maior interesse” ou o “melhor interesse” da criança sinaliza a diretriz dos responsáveis na condução e orientação da sua educação<sup>11</sup>.

---

Declaração dos Direitos da Criança. Esta data foi decretada pela ONU como Dia Universal da Criança.” Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>11</sup> De acordo com Silva Pereira (2008, p. 46), trata-se de conceitos diversos: “um quantitativo, relativo ao maior interesse da criança, e outro qualitativo, *the best interest*, traduzido pela doutrina brasileira como melhor interesse da criança, que é preferido pela citada autora”.

O dever não se limita ao Estado, mas se estende à família e à sociedade, constituindo-se em um dever social (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2124-2131).

Muito se debate na doutrina acerca do que seja o *maior* ou o *melhor* interesse da criança. Obviamente, por ser um conceito indeterminado, há aqueles que argumentam no sentido de tratar-se de uma cláusula aberta com baixa densidade normativa.

De outro norte, parece desproporcional essa visão, uma vez que a fixação de parâmetros será construída de acordo com o caso concreto. O intento é preservar os interesses da criança e proporcionar-lhe um crescimento biopsíquico saudável, além de tutelar adequadamente sua personalidade (MORAES; TEIXEIRA, 2013). Cabe ao aplicador da norma adotar o critério da razoabilidade, a partir de referências fáticas de comportamento social, extraídas do *reasonable man*, a imprimir um tipo médio de conduta social de uso nas relações privadas (CALHAO, 2013, p. 244). Na doutrina americana, como próprio do sistema anglo-americano, o juiz dispõe de um *checklist* visando dar maior objetividade ao conceito, com oitiva, entre outras práticas, da criança e do adolescente, com o propósito de extrair-lhes a sua percepção e seus interesses (MORAES; TEIXEIRA, 2013). Igual questão irá reaparecer no princípio da proteção integral, pois este é uma decorrência daquele.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 introduz o *princípio da proteção integral*, com previsão no artigo 3.1 do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990<sup>12</sup>. Além da visão paternalista e da proteção especial, anotam Moraes e Teixeira (2013) que o princípio da *proteção integral* amplia o manto de proteção ao reconhecer *direitos e liberdades* à infância e

---

<sup>12</sup> Artigo 3.1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2015.

adolescência. Nesse aspecto, houve uma inovação da convenção de 1989 ao reconhecer à criança (até 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Há na norma internacional, pela primeira vez, a garantia de liberdades à criança e aos adolescentes, até então reservados aos adultos (ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 699). Ressalva, entretanto, em seu preâmbulo, a necessária proteção jurídica aos infantes em razão de sua falta de maturidade física e intelectual.

Daí decorre uma aparente contradição ou tensão dos valores “direitos” e “liberdades”, uma vez que estas, por princípio, não estariam condicionadas a limites. Contudo, o legislador internacional previu e o nacional ratificou, incluindo as garantias judiciais e administrativas, observadas as regras processuais pátrias.

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 227, fala dos *direitos de proteção* (vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito) e dos *direitos de liberdade* (convivência familiar e comunitária, além dos encargos protetivos no que diz respeito à negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão). No espaço reservado aos “direitos de liberdade”<sup>13</sup>, assegura-se a capacidade do menor de discernir e formular a própria opinião, expressando-a livremente, naquilo que lhe pertine, observado, sempre, a sua idade e o seu grau de maturidade. Aqui se abre um amplo campo

<sup>13</sup> Artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2015.

para perscrutar diferentes concepções dos direitos da criança, sob dois prismas: uma, mais *conservadora*, mais próxima da vertente protetora, e outra, que reconhece a *criança-cidadã dotada de direitos*, à maneira dos direitos de liberdade garantidos ao homem e ao cidadão.

## 5. IDENTIFICANDO AS TENSÕES ENTRE OS DIREITOS DE PROTEÇÃO E OS DIREITOS DE LIBERDADE

A convenção de 1989, como dito, debate entre duas vertentes relativas à proteção integral da criança e do adolescente. Por um lado, a chamada vertente *protetora ou protecionista*,

[...] sustentada pela ideia que a educação seria a única via que pode tirar a criança de sua vulnerabilidade para que tenha acesso à autonomia; por outro, uma corrente defendida pelos “artesãos da autodeterminação [ou liberacionista]” que pedem uma mobilização em torno dos direitos do homem na criança (ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 699).

A linha mestra da corrente *protecionista* se apoia em três assertivas: 1. as crianças não dispõem das mesmas capacidades que qualificam os adultos para usufruto de direitos; 2. a retórica do direito não captura a verdade sobre a vida das crianças e de suas famílias e encoraja uma permissividade destrutiva que tem consequências nefastas para adultos, crianças e sociedade; 3. a negação desses direitos (de liberdade) não tem impacto negativo na vida das crianças (*STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY*, 2006 apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 704).

O substrato filosófico dessa visão pode ser encontrado em Hanna Arendt (2005, p. 234-242) explicando que é papel da educação e, portanto, dos adultos introduzir a criança no mundo, de modo ordenado e progressivo, a fim de protegê-la das vicis-

situações no próprio mundo, para preservar o poder de inová-lo.

Mais radical é a posição de Onara O'Neill (apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 700), para quem as crianças mais novas são completa e inevitavelmente dependentes daqueles que têm o poder sobre suas vidas. Conquanto a retórica do direito possa conferir relativo empoderamento às crianças, estas não são um grupo a ser emancipados, à maneira de outras minorias oprimidas e discriminadas. Mais do que liberdade, as crianças necessitam de educação e proteção, para o mundo no qual serão inseridas (O'NEILL apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 700). No dizer de Arendt (2005), a educação cumpre um papel determinante na conservação do mundo, pois se trata de apresentar aos jovens o conjunto de estruturas racionais, científicas, políticas, históricas, linguísticas, sociais e econômicas que constituem o mundo no qual eles vivem. Assim, estarão as crianças preparadas para transformar e modificar as complexidades que enfrentarão. Entretanto, se “emancipadas da autoridade dos adultos, a criança não foi libertada, e sim sujeita a uma autoridade muito mais terrível e verdadeiramente tirânica, que é a tirania da maioria” (ARENDDT, 2005, p. 230-231).

Resta evidente que a visão protecionista ou paternalista, por ser pioneira, carrega toda uma carga de preocupação com as próprias raízes do movimento de tutela da criança e do adolescente, originada com as alterações na sociedade pós-industrial.

Para a corrente *liberacionista*, por sua vez, há várias contribuições doutrinárias, valendo a citar o argumento de Korczak (1986) no sentido de que o principal e mais indiscutível dos direitos da criança é o que lhe *permite exprimir livremente suas ideias e tomar parte ativa no debate sobre a apreciação de sua conduta e punição*. Em seu entendimento, “as crianças eram uma classe oprimida”, por desconhecerem os direitos e a justiça. Defende, como essencial, o direito da criança de viver sua vida atual e de ser o que é (KORCZAK, 1986 apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 701). Nessa mesma linha, Mendell (1972 apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 701-702) propõe a substituição

das relações hierárquicas entre adultos e crianças por relações de reciprocidade, igualitárias (entre classes e idade, e não interindividuais), que teriam como garantia legal a antecipação da idade de 12 anos do direito de votar.

Entre os liberacionistas americanos, vale a menção à obra de Richard Frason: *Birtrigths: a bill of rigths for children*. Frason observa que, no âmbito da sociedade americana, as crianças “são segregadas, ignoradas, impotentes e invisíveis para a nação”. Defende a atuação delas na participação das decisões sociais não somente porque serão futuros adultos, mas também pelo fato de serem crianças. Critica os defensores das crianças apenas pela ótica do abuso e da vitimização, uma vez que toda a base da proteção era vista apenas pelo lado daquelas com desvio de conduta.

A tônica dos *liberacionistas* apoia-se na autonomia e autodeterminação das crianças com o escopo de garantir-lhes a cidadania, nos moldes das declarações de direitos, com as respectivas prerrogativas de reivindicação próprios dos verdadeiros sujeitos de direitos. Na dicção de Brougère (apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 711), a convenção, como estatuto jurídico da criança, abre-lhe a possibilidade de pleitear sem a *representação de seu tutor legal*, o que, em tese, converge com o fundamento autonomista defendido pela corrente liberacionista.

Deve-se atentar, contudo, que a convenção faz referência explícita ao direito de expressão das crianças sobre todos os assuntos a estas relacionadas, observadas regras processuais da legislação nacional<sup>14</sup>. Desse modo, aos Estados foram conferidas as prerrogativas de delimitar a capacidade postulatória que, como se verá, não implica negar o direito às liberdades consoante as modernas declarações de direitos humanos.

Uma contribuição importante para visualização dos direitos contidos na doutrina da proteção integral pode ser apreendida do Quadro 1, pelo qual se evidencia a coexistência dos *direitos de liberdade e participação* ao lado dos *direitos de proteção ou direitos*

<sup>14</sup> Artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

de créditos (FROTA, 2004).

**Quadro 1** – Síntese dos direitos da criança estabelecidos na convenção

<b>Direitos civis e políticos</b>	<b>Direitos econômicos, sociais e culturais</b>	<b>Direitos especiais (proteção)</b>
Registro, nome, nacionalidade, conhecer os pais Expressão e acesso à informação Liberdade de pensamento, consciência e crença Liberdade de associação Proteção da privacidade	Vida, sobrevivência e desenvolvimento. Saúde Previdência social Educação fundamental (ensino obrigatório e gratuito). Nível de vida adequado ao desenvolvimento integral Lazer, recreação e atividades culturais Crianças de comunidades minoritárias: direito de viver conforme a própria cultura	Proteção contra abuso e negligência Proteção especial e assistência para criança refugiada Educação e treinamento especiais para crianças portadoras de deficiência Proteção contra utilização pelo tráfico de drogas, exploração sexual, venda, tráfico e sequestro Proteção em situação de conflito armado e reabilitação de vítimas desses conflitos Proteção contra o trabalho prejudicial à saúde e ao desenvolvimento integral Proteção contra uso de drogas Garantias ao direito ao devido processo legal, no caso de cometimento de ato infracional

Fonte: FROTA (2004).

A questão que se põe se circunscreve ao modo pelo qual se exercitam os “direitos civis e políticos” e os “econômicos, sociais e culturais”, calcados que são na liberdade individual. As liber-

dades individuais abarcam as liberdades de expressão, opinião, consciência, religião e similares. Implicam, por conseguinte, a capacidade jurídica e suas responsabilidades. Em princípio, ao se reconhecer à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direito, estar-se-ia retirando a autoridade parental (THÉRY, 1996 apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 713).

Entretanto, essa postura é relativizada na leitura de Renault (2002 apud ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 711) ao explicar que o reconhecimento da cidadania – ou dos direitos humanos (primeira e segunda gerações) – decorre da noção de humanidade. Em seu entendimento, a cidadania não está, de modo algum, contida no próprio fato de reconhecer ao indivíduo humano (mesmo que seja criança) garantias jurídicas. Os direitos-liberdades são produtos da condição humana rumo ao direito ao *maximum ético* espelhado na fraternidade de que nos fala Bonavides (2014) a respaldar a terceira dimensão dos direitos humanos.

De se notar que a base da fraternidade e solidariedade está presente nas normas internacionais e nacionais que garantem a proteção à infância e adolescência, ao proclamarem o dever não só da família e do Estado, mas também a atuação efetiva da sociedade na efetivação de direitos conferidos ao homem, no qual se inclui, obviamente, a criança.

A novidade que se constata na construção do novo paradigma teórico-filosófico contido na proteção integral é a ampliação dos direitos-liberdade, posto que os de proteção, historicamente consolidados, apenas colocavam o foco na criança delinquente e não socializada (MARCHI, 2009, p. 714). Na atualidade, os *direitos-proteção* e *direitos-liberdade* abarcam a criança de forma individualizada, afastando a exclusividade da tutela daquelas vitimizadas e ampliando o leque para incluir as crianças por um prisma integral no dentro do prisma fraternal e da totalidade social.

No caso brasileiro, por exemplo, o antigo Código de Menores fundava-se a proteção na chamada “situação irregular”,

para designar crianças desamparadas, vítimas de abuso e outras violações similares. Foi a convenção que modificou esse entendimento, ressignificando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com vista a reconhecer os direitos de liberdade desde que ajustados ao interesse superior da criança

Equacionar ou ajustar os *direitos de liberdade* e dos *direitos de proteção* não exaure a temática do tensionamento entre os dois paradigmas em análise. O elemento “vulnerabilidade” **está reconhecimento** nos dois extremos das duas correntes:

- A vulnerabilidade se mostra sob o aspecto psicossocial, por exemplo, no que diz respeito à capacidade de escolha e decisão da criança, pois ainda é carente de amadurecimento suficiente para o exercício de algumas liberdades. Podem e devem ser supervisionadas por seus responsáveis. Conquanto as liberdades tenham foco nos direitos humanos, o seu exercício pleno importará em responsabilidades, só factíveis após vivências ou experiências formativas na infância e adolescência.
- A vulnerabilidade também se apresenta em face de necessidades materiais a fim de proporcionar à criança e ao adolescente o seu desenvolvimento saudável e integral. Nem todas as crianças têm acesso a esses bens e serviços de natureza econômica, social e cultural. Muitas vivem abaixo da linha da pobreza. Somente com o auxílio de políticas sociais conseguem suprir essas necessidades.

Depreende-se do exposto que as duas facetas das vulnerabilidades coexistem e não são excludentes. Se contradições podem ser vislumbradas, essas se explicarão por conjunturas sociais e estruturais a refletir a exclusão de suas famílias das condições necessárias ao provimento de sua subsistência.

## 6. CONCLUSÃO

Quem são a criança e o adolescente de que se fala? O ontem e o hoje poderiam auxiliar na reconstrução da noção essencial da tutela protetiva? Quem são os atores que intervêm nesse processo? Ditas questões poderão auxiliar na colocação do tema de fundo desta reflexão.

A noção de criança e adolescente no estágio atual muito difere do *patria potestas* de feições rígidas e severas que se tornaram tradicionais entre os romanos, do qual nos fala Clóvis Beviláqua (1976, p. 363). Do pátrio poder evoluiu-se, modernamente, para o *poder familiar* definido como um plexo de obrigações, cuja base é nitidamente altruísta, com preponderância do desejo dos menores. Ou seja, a tirania do pai cede espaço para a noção de tutela do filho, que se manifesta no seu interesse e da família, e não em proveito dos genitores.

Em elucidativa passagem, Perlingieri (2008, p. 971-983) demonstra que mesmo a noção de poder familiar, como poder-sujeição, está em crise: “A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas é uma correção de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”. Enfatiza um novo papel para o poder familiar fundado em uma concepção igualitária, participativa e democrática da comunidade familiar. Assim também o diz o legislador constitucional brasileiro ao tratar da proteção da criança e do adolescente<sup>15</sup>.

Em linguagem mais técnica, o poder familiar, na doutrina, é visto como um “feixe de direitos e deveres sob os quais os pais criam, educam e assistem moral e materialmente os filhos menores” (ISHIDA, 2003, p. 47) com vestes de *munus* legal mitigando-se, assim, o conceito de poder sobre o menor. Dita redefinição ou reconstrução da base sociológica do poder familiar ocorreu para incorporar a noção jurídica de *munus* público no seio da instituição.

Contempla, desse ângulo, a necessidade da participação do Estado como agente colaborador no oferecimento de condições,

<sup>15</sup> Artigo 227 da Constituição Federal.

para que os pais possam proporcionar aos filhos as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento (ISHIDA, 2003, p. 47-48). Ou seja, além dos pais, associa-se o poder público na condição de coparticipante e coobrigado no provimento integral do menor. Exsurge, daí, a obrigação do Estado como implementador de políticas públicas (BUCCI, 1997)<sup>16</sup>, estas concebidas como prioridades legais definidas em ações e metas de governos republicanos na solução das questões sociais.

Em linha de arremate, é forçoso reconhecer a influência universalista na construção dos novos paradigmas protetivos à criança e ao adolescente. De se destacar que a *universalidade*, em direitos humanos e áreas afins, remete a uma tríplice arquitetura: titularidade, temporalidade e culturalidade (RAMOS, 2014, p. 174). A criança e o adolescente são titulares primevos da humanidade, porquanto dotados da condição especial e essencial para o usufruto da vida. À luz do tempo, a infância revela situação de especial universalidade em qualquer tempo e lugar. Culturalmente, apesar de suas diferenças universalistas e relativistas – apenas para citar visões contrapostas –, a criança ostenta a sua primazia no seio da humanidade.

Ao lado do viés universal, mas com a mesma ênfase, há a imperatividade do comando normativo dos direitos humanos, como um regime jurídico inalienável e indivisível, por força da Declaração de Viena<sup>17</sup>. Resulta daí um *standard* mínimo que

---

<sup>16</sup> As políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law* –, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas

<sup>17</sup> Na II Conferência Internacional de Direitos Humanos, quatro aspectos tiveram relevância no que se refere ao impacto de suas resoluções para as concepções de desenvolvimento humano. Em Viena, foi definitivamente legitimada a noção de indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem-se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. A Decla-

compromete o Estado a respeitá-lo, defendê-lo e promovê-lo<sup>18</sup>. Mesmo que possa se admitir uma aparente colisão normativa entre os *direitos-liberdade* e os *direitos-proteção*, a postura do aplicador e do intérprete é procurar aquela mais favorável e condizente com a proteção integral.

Ensina Cançado Trindade (1992, p. 34) que

[...] no domínio da proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana.

Se a primazia é do ser humano, com maior densidade será da *pessoa humana em sua infância*, com os atributos da precedência, preferência e destinação privilegiadas, como estampada no parágrafo único do artigo 4º do ECA.

## REFERÊNCIAS

ALSTON, P. *International human rights in context: law, politics and morals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000

ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. 2013. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

ANDRADE, M. I. C. de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser*

---

ração de Viena também enfatiza os direitos de solidariedade, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento e os direitos ambientais. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>18</sup> Conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as disposições internas de um Estado não podem ser usadas por ele como justificativa para o inadimplemento de uma obrigação fundada em tratado. No mesmo sentido, ver a doutrina de Piovesan (2014, p. 454).

- e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ARENDDT, H. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BEVILÁQUA, C. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Histórica, 1976.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- BUCCI. M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- CALHAO, A. E. P. *Justiça célere e eficiente*. Uma questão de governança judicial. São Paulo: LTr, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil. In: \_\_\_\_\_. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.
- ENDERLE, C. *Psicologia do desenvolvimento – o processo evolutivo da criança*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Global, 1986.
- FROTA, M. G. da C. *Associativismo civil e participação social: desafios de âmbito local e global na implementação dos direitos da criança*. 2004. Tese (Doutorado em Sociologia)–Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2004.
- HOBBSAWM, E. *As origens da Revolução Industrial*. São Paulo: Global, 1979.
- ISHIDA. V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.
- KORCZAK, J. *O direito da criança ao respeito*. São Paulo: Summus, 1986.
- MARCHI, R. C. *A Radicalização do processo histórico de individualização da criança e a “crise social” da infância*. Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, 2009.

MBAYA, E.-R. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, maio/ago. 1997. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

MENDELL, G. *Pour décoloniser l'enfant: sociopsychanalyse de l'autorité*. Paris: Payot, 1972.

MORAES, M. C. B.; TEIXEIRA, A. C. B. T. Comentário ao artigo 227.... In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

PERLINGIERI, P. *O direitos civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RENAUT, A. *A libertação das crianças: a era da criança cidadão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

ROSEMBERG, F.; MARIANO, C. L. S. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

SILVA PEREIRA, T. *Direito da criança e do adolescente*. Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THÈRY, I. *Le demariage, justice et vie privée*. Paris: Odile Jacob, 1996.



# O PAPEL DO COMITÊ DA ONU PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA NO CONTROLE E NA DIFUSÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Gustavo Ferraz de Campos Monaco*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O adensamento da proteção da pessoa humana ocorre nos planos interno e internacional. Se, de um lado, a proteção interna sofre percalços ao longo da história (COMPARATO, 2003)<sup>2</sup> em razão de circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais, a proteção internacional, de outro lado, confronta-se com a estrutura de atuação das organizações internacionais que dela se incumbem e com as dificuldades havidas no plano da eficácia no que concerne à atuação mesma do direito internacional<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Livre-docente em Direito Internacional e doutor e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), e mestre em Ciências Político-Jurídicas Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP e autor dos seguintes livros: *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira* (Quartier Latin, 2013), *Guarda internacional de crianças* (Quartier Latin, 2012), *A proteção da criança no cenário internacional* (Del Rey, 2005), *Direitos da criança e adoção internacional* (Revista dos Tribunais, 2002).

<sup>2</sup> Na obra de Comparato (2003), todavia, não há capítulo que trate da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>3</sup> Ver, a respeito, o primeiro capítulo de Monaco (2005a).

E é nesse cenário de avanços normativos e institucionais – muitos – e retrocessos fáticos – alguns – que se distinguem, no plano internacional, dois modos distintos de intervenção e controle da atuação dos Estados soberanos em matéria de proteção e garantias da pessoa humana e sua dignidade.

No que concerne à proteção da infância (PEREIRA, 1992), a intervenção do direito internacional, desde as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho, passando pela Carta da Liga das Nações sobre a Criança (Declaração de Genebra) de 1924, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1959, e desembocando na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, tem sido não apenas relevante como condutora de uma política atuante<sup>4</sup> e de especial densidade. Densidade que pode ser sentida seja na redação dos textos normativos internacionais, em sua natureza jurídica<sup>5</sup> e nos mecanismos de atuação imaginados e postos em funcionamento para a proteção eficiente dos infantes.

Com efeito, do ponto de vista redacional, é possível perceber uma evolução no propósito de atuação da comunidade internacional que passa de uma proteção calcada na atuação do adulto responsável (1924) a quem se imputavam condutas em favor da criança para uma proteção ontológica (1959) em que a criança assume o papel de titular de direitos (ainda que muitos deles só se efetivem por meio da representação ou da assistência, como mecanismos jurídicos postos à disposição

---

<sup>4</sup> No que concerne ao direito internacional privado, ver, por exemplo, Parra Aranguren (1998).

<sup>5</sup> “Sob um enfoque estritamente legalista, a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados” (PIOVESAN, 2011b, p. 215). Piovesan (2011b) deixa claro não compartilhar o enfoque estritamente legalista, com o que concordo, como deixei assentado na obra citada na nota anterior.

dos responsáveis legais). Adensa-se o sistema porque a criança deixa de ser “objeto” de proteção dependente do adulto para ser considerada um sujeito de direitos efetivo<sup>6</sup>.

Do ponto de vista da natureza jurídica, parte-se de um mecanismo de declarações de direitos, filosoficamente fundamentado e juridicamente corporificado em resoluções de assembleias gerais das organizações internacionais respectivas para a utilização de tratados internacionais que demandam, via de regra, a intervenção dos legislativos nacionais antes da efetiva vigência, para os Estados, do quanto ali contido. Adensa-se o sistema na medida em que o texto deixa de vincular a organização internacional – diretamente – e só reflexamente o Estado, com recurso teórico aos conceitos de costume internacional ou de princípios gerais do direito (cf. CASTAÑEDA, 1970) – para obrigar diretamente o Estado que ratifica o tratado ou adere ao texto convencional.

Por fim, no que concerne aos mecanismos de atuação, assistiu-se à formação de uma dicotomia entre o que se convencionou chamar de sistema global de proteção dos direitos humanos e os sistemas regionais que se encarregam dessa mesma proteção (europeu, interamericano, africano etc.). Enquanto estes últimos se constituem pelo viés jurisdicional, com a constituição de Cortes auxiliadas por comissões com competências e legitimidade processual distintas (cf. PIOVESAN, 2011a, p. 99 et seq.), aquele, o sistema global, estabeleceu-se a partir de um viés clássico, de respeito à soberania dos Estados, com o estabelecimento de comitês de análise das situações individuais dos Estados e recomendações formuladas pelo comitê, numa dialética entre informação e controle.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova York, em 1989<sup>7</sup>, insere-se nesse quadro geral de adensa-

<sup>6</sup> Em sentido contrário, por entender que a convenção de 1989 estabelece uma proteção específica da criança como objeto de direito, ver Buirette (1990).

<sup>7</sup> Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de no-

mento com a convicção de que as crianças merecem uma proteção plena dada sua condição de sujeitos de direito, proteção esta que incumbe aos Estados-parte na convenção com o auxílio e o respaldo crítico das Nações Unidas, por meio da atuação do Comitê para os Direitos da Criança que assume uma função primordial no controle e na difusão das políticas públicas de defesa e promoção da infância, como se verá.

## 2. ESTRUTURA DO COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção sobre os Direitos da Criança é dividida em três partes. Na primeira, há um extenso rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor das crianças. A segunda parte, por seu lado, estabelece obrigações para os Estados-parte na convenção, além de estabelecer mecanismos de acompanhamento que passam pela constituição e pelo funcionamento de um comitê de acompanhamento. Com efeito, o Comitê para os Direitos da Criança encontra-se previsto no artigo 43 da convenção. Por fim, a terceira parte estabelece as condições de assinatura, ratificação, adesão e vigência da convenção.

No que concerne à estrutura do comitê, chama desde logo a atenção o fato de a regra estabelecida no n° 2 do mencionado artigo 43 ter sofrido alteração. Por meio da Resolução n° 50/155, de 21 de dezembro de 1995, previu-se que o número de membros do comitê, originariamente dez, seria aumentado para 18.

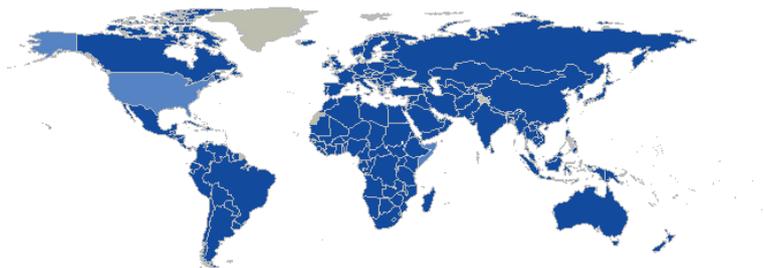
Tal modificação, aprovada segundo o procedimento previsto no artigo 50, n° 1, da convenção entrou em vigor após a obtenção da concordância expressa de mais de dois terços dos Estados-parte. Como é possível observar na Figura 1, a con-

---

vembro de 1990, publicado no *Diário Oficial da União* de 22 de novembro de 1990.

venção vigora entre praticamente todos os Estados soberanos<sup>8</sup>, com destaque para condição dos Estados Unidos da América do Norte e da Somália que, tendo assinado a convenção, não a ratificaram, todavia. Por isso, compreende-se a demora para a entrada em vigor da emenda aprovada em dezembro de 1995.

**Figura 1** – Estados-parte da Convenção sobre os Direitos da Criança



Fonte: Disponível em <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

É curioso observar, ainda, que, nos termos do n° 3 do artigo 50, a emenda aprovada e em vigor vincula obrigatoriamente os Estados que tiverem aceito seu conteúdo, “enquanto os demais Estados-parte permanecerão obrigados pelas disposições da presente convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles”. Ora, em se tratando de uma mudança de cunho estrutural, como é o caso da emenda sob análise, parece claro que sua vigência não pode se dar por fatias. Ou bem ela entrava em vigor e o comitê passava a funcionar com 18 membros ou seria necessário aguardar a aprovação de todos os Estados-parte para

<sup>8</sup> País (1993, p. 213) fala de um “texto de sucesso” que entrou em vigor em “um tempo sem igual – curiosamente com um período de ‘gestação’ de nove meses – e goza do maior número de Estados parte jamais registrado no domínio dos direitos humanos”.

sua efetiva vigência.

Prevaleceu o bom senso. Com efeito, a redação do dispositivo deixa antever que a intenção do legislador internacional foi estabelecer que eventuais novos direitos estabelecidos por emenda em favor das crianças só vigorariam após a aprovação de dois terços dos Estados-parte, e os que não a tivessem aprovado permaneceriam vinculados ao texto convencional precedente. Trata-se de medida de prudência, inclusive porque, no mais das vezes, a garantia de direitos fundamentais pode implicar a elaboração e implementação de políticas públicas cujo custeio incumbirá ao Estado. Daí a necessidade de sua expressa aprovação. Entretanto, alterações de cunho estrutural efetivam-se em um único ato: no caso, na eleição dos novos membros do comitê. E estes, eleitos e empossados, passam a desempenhar suas funções sem que se possa estabelecer qualquer mecanismo apto a afastar sua atuação funcional na hipótese de análise de relatórios que envolvam um Estado que não tenha aprovado a emenda.

Daí que, em suma, o comitê seja formado por 18 membros nos termos do vigente artigo 50, n<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>.

A convenção prevê que cada Estado-parte indicará o nome de um especialista de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pelo texto convencional e que este especialista será um cidadão do Estado indicante. Parte dos membros do comitê será escolhida a cada dois anos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-parte. Cada Estado-parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país após solicitação do secretário-geral da ONU que deve ser remetida aos Estados com ao menos quatro meses

<sup>9</sup> Mais informações estão disponíveis em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Acesso em: 23 jul. 2015. O Brasil parece não ter aprovado a emenda, uma vez que o texto da convenção publicado no *site* do Planalto continua a mencionar que o comitê é formado por dez membros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

de antecedência da data prevista para a eleição, assinalando um prazo de dois meses para o envio das candidaturas.

A partir dessas indicações, o secretário-geral da ONU determinará a formação de uma lista em ordem alfabética dos nomes indicados, destacando-se o Estado-parte responsável pela sugestão de cada um dos nomes. Essa lista é apresentada aos Estados-parte em reunião especialmente convocada para proceder à eleição de metade dos membros do comitê. Exige-se um quórum especial de dois terços dos Estados-parte para que se dê início à votação, que ocorrerá na sede da ONU.

Consideram-se eleitos os candidatos que tiverem obtido a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados-parte presentes e votantes. Assim, caso mais de nove candidatos tenham obtido maioria absoluta, serão considerados eleitos os nove mais votados<sup>10</sup>. Se menos de nove tiverem alcançado referida votação, serão realizados novos escrutínios até que se completem as vagas remanescentes, observada a exigência da maioria absoluta de votos.

Há, ainda, exigência normativa de observância de uma equitativa distribuição geográfica dos eleitos que devem, ainda, representar os principais sistemas jurídicos. Tais regras devem ser observadas pelos eleitores por ocasião dos debates que precedem a votação.

Os eleitos exercem suas funções a título pessoal. Isso significa que, uma vez eleitos, os membros do comitê tornam-se servidores das Nações Unidas, percebendo, inclusive, emolumentos provenientes dos recursos da ONU em periodicidade e montante estabelecidos pela Assembleia Geral da Organização Internacional. A medida visa garantir certa independência do

<sup>10</sup> Originariamente, quando eram dez os membros do comitê, as eleições bienais visavam preencher cinco vagas. Na primeira eleição, foram eleitos dez membros, dos quais cinco foram sorteados para cumprir um mandato de dois anos. Da mesma forma, na primeira eleição após a entrada em vigor da emenda mencionada, procedeu-se à eleição de 13 membros, dos quais quatro foram sorteados para cumprir um mandato de dois anos.

eleito relativamente a seu Estado de origem.

Não obstante, os membros do comitê podem ser reeleitos para mandatos subsequentes desde que sejam apresentadas novamente suas candidaturas. Como estas só podem ser apresentadas pelos Estados de que sejam cidadãos, a independência antes mencionada acaba parcialmente comprometida. Pode ser, quando muito, uma independência relativamente ao governo, mas nunca relativamente ao Estado.

Na hipótese de renúncia ou falecimento de um dos membros do comitê, competirá ao Estado que o tenha indicado designar um substituto que preencha as exigências convencionais (especialização, cidadania, integridade moral). Seu nome será, então, submetido à análise do comitê (e não da Assembleia de Estados-parte). Em caso de aprovação, exercerá um mandato-tampão, complementando o mandato de seu antecessor. Nos termos da Regra nº 14 dos Procedimentos do Comitê (ver o próximo item), a aprovação ou não se faz por voto secreto, com base no nome no *curriculum vitae* do especialista indicado (ALBUQUERQUE, 2001, p. 43).

Bienalmente, os membros do comitê elegerão a mesa diretora dos trabalhos que proporá o calendário e a duração das reuniões do comitê que se reunirá, obrigatoriamente, todos os anos. A agenda de atividades será analisada e discutida em uma reunião dos Estados-parte e aprovada pela Assembleia Geral, podendo sempre ser revista, se for o caso. A convenção indica que as reuniões do comitê ocorrerão normalmente na sede das Nações Unidas, o que tem ocorrido em Genebra, na Suíça. Nada impede, no entanto, que tais reuniões tenham lugar em qualquer outro local considerado conveniente pelo comitê.

Ainda no que concerne à estrutura do comitê, a convenção prevê que o secretário-geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções afetas ao comitê.

### 3. FUNCIONAMENTO DO COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA<sup>11</sup>

O artigo 43, nº 8, da Convenção sobre os Direitos da Criança delega ao comitê a competência para estabelecer regras sobre os procedimentos de sua atuação. É bem verdade que o artigo 44 estabelece algumas regras mestras desse funcionamento, mas o procedimento em si foi estabelecido e pode ser modificado por decisões do próprio comitê.

Nesse sentido, já em sua primeira reunião ordinária (outubro de 1991), os membros do comitê buscaram regulamentar os aspectos formais dos relatórios, estabelecendo uma série de diretrizes de padronização dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados. O intuito foi tornar facilitada a análise dos dados apresentados, garantindo parâmetros de comparação estáveis para a análise de relatórios sequenciais de um mesmo Estado, além de promover um mais fácil sistema de cruzamento de dados por região geográfica ou qualquer outro parâmetro de análise desejado, como tradição jurídica, cultural, religiosa, condição econômica, social etc.<sup>12</sup>.

O primeiro relatório a ser apresentado por qualquer Estado-parte deve chegar ao comitê dois anos após a entrada em vigor da convenção para aquele Estado individualmente considerado (artigo 44, nº 1, *a*). Assim, os primeiros 20 relatórios deveriam, em tese, ter sido apresentados no mesmo dia (outubro de 1992), pois, nos termos do artigo 49, nº 1, a convenção só adquiriu vigência internacional 30 dias depois do depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão. Em consequência, os 20 primeiros Estados-parte tinham a mesma data-limite para a entrega do relatório inicial. Os demais Estados, nos

<sup>11</sup> O assunto desse tópico foi tratado anteriormente pelo autor em Monaco (2005b).

<sup>12</sup> Acerca da promoção do pluralismo pelos diversos comitês, mas especificamente com relação ao Comitê dos Direitos do Homem, ver Bach (2010).

termos do artigo 49, n° 2, c/c o art. 44, n° 1, *a*, mencionado, considerando a entrada em vigor individual da convenção (30 dias após o depósito do instrumento de ratificação ou adesão), deveriam ter entregue o relatório individual dois anos após o início da vigência da convenção.

Uma das grandes dificuldades do sistema global de proteção dos direitos humanos consiste na falta de mecanismos coercitivos postos à disposição dos diversos comitês para cobrar dos Estados-parte a exigência, por eles assumida perante seus pares, de apresentar os relatórios<sup>13</sup>. Mas não só apresentar. Apresentar e respeitar os prazos pelos Estados mesmos estabelecidos! Flávia Piovesan (2011b, p. 222) esclarece que os tratados de direitos humanos oferecem “suporte institucional aos preceitos que consagra[m], impondo obrigações aos Estados-parte”. Com efeito, há a obrigação, mas não se estabeleceram, em razão da soberania dos Estados, mecanismos coercitivos de cumprimento de tais obrigações. São, assim, cumpridas espontaneamente pelos Estados, havendo, em consequência, inúmeros e injustificados atrasos na apresentação dos relatórios.

Os relatórios sequenciais, por sua vez, devem ser entregues periodicamente a cada cinco anos contados da entrega do relatório anterior (artigo 44, n° 1, *b*: “a partir de então [entrega do relatório inicial, previsto na letra *a* do mesmo dispositivo], a cada cinco anos”). Os relatórios posteriores podem se abster de repetir as informações básicas prestadas no relatório anterior (artigo 44, n° 3). Isso ocorre porque o que se espera dos Estados-parte em tais relatórios é a indicação dos avanços empreendidos na melhoria das condições da infância e da juventude seja por meio da atuação do Estado-administração, seja por iniciativas do Estado-legislador, seja, ainda, na análise de situações concretas e específicas por parte do Estado-juiz.

É facultado ao comitê requerer (artigo 44, n° 4), a qualquer momento – e, portanto, não apenas na análise dos relatórios

<sup>13</sup> Fala-se, inclusive, na subsidiariedade desses comitês do sistema global. Cf. Gherari (1992).

inicial ou sequências de um Estado, mas também diante de qualquer situação factual levada ao conhecimento do comitê –, maiores informações sobre a implementação das obrigações assumidas por ocasião da ratificação ou adesão quer da convenção, quer de seus protocolos facultativos (sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, e sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, ambos vigentes no Brasil desde 2004).

Além da apresentação desses relatórios e de informações adicionais por intermédio do secretariado-geral das Nações Unidas ao comitê, deve o Estado dar amplo conhecimento do conteúdo à sua população (artigo 44, n<sup>o</sup> 6). Busca-se, assim, uma complementaridade no controle exercido pelo comitê, como órgão da sociedade internacional, com aquele exercido pela sociedade civil diretamente interessada. Não há, no que concerne ao Comitê para os Direitos da Criança, qualquer mecanismo de acesso direto da pessoa humana, ao contrário do que se prevê em matéria de funcionamento de outros comitês afetos ao sistema global, como ocorre com o dos Direitos do Homem<sup>14</sup>, nem mesmo competência para análise de solicitações elaboradas por outros Estados contratantes relativamente à adoção de políticas específicas por este ou aquele Estado (FO-CARELLI, 2010, p. 982).

Ainda no que tange ao funcionamento do comitê, é relevante sublinhar o controle que sobre o mesmo é exercido. Com efeito, a cada dois anos, o Comitê para os Direitos da Criança deve apresentar um relatório de suas atividades à Assembleia Geral da ONU para que a organização internacional que apoia e sustenta as atividades ali desempenhadas possa controlá-las. O intuito, óbvio, não é o da ingerência, mas, sim, de certificar-se de que a promoção, a defesa e o controle dos direitos humanos das crianças estejam sendo efetivamente cumpridos. Mencionados relatórios bienais são apresentados ao Conselho

<sup>14</sup> Ver um exemplo em Couzigou (2010), Dhommeaux (1987), Varela Quiros (1990), Accardi (2004) e Gialdino (2002).

Econômico e Social, e, por seu intermédio, à Assembleia Geral (artigo 44, nº 5).

Os relatórios elaborados pelos Estados, em qualquer caso, devem se preocupar de forma precípua com a indicação das circunstâncias e das dificuldades eventuais que acabam impedindo ou dificultando o cumprimento das obrigações derivadas da convenção (artigo 44, nº 2). Como bem detectou Anderson Pereira de Andrade (2000, p. 19, grifos do autor), “pede-se que o informe esteja *orientado aos problemas*, seja autocrítico e estimule os Estados a especificar as *prioridades de implementação e os desafios específicos para o futuro*”.

#### **4. O COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA E SUA ATUAÇÃO NA DIFUSÃO E NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PELOS ESTADOS-PARTE NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA**

A Convenção sobre o Direito das Crianças apresenta-se, como salienta Marta Santos Pais (1990, p. 43) – que foi membro do comitê –, como um “instrumento de educação e promoção dos direitos da criança”.

Como deixa claro o artigo 45 da convenção, o comitê não procede a uma análise direta dos relatórios que lhe são apresentados, mas, antes, estabelece um construtivo diálogo com os dados que são fornecidos por organizações não governamentais (ONGs)<sup>15</sup>, por outros órgãos vinculados ao sistema da ONU (as chamadas agências especializadas, como Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO),

---

<sup>15</sup> As ONGs e os movimentos de libertação nacional parecem existir em razão dos indivíduos que em torno deles se alinham, como salienta Escaraméia (2003).

Organização Mundial da Saúde (OMS) etc.), além de outras organizações internacionais de caráter permanente, como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ou a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

É do diálogo com essas representações que o comitê elabora as indagações que considera pertinentes e entabula uma discussão direta com os representantes dos Estados-parte. Estes são convocados para a sessão de discussão do relatório que apresentaram já cientes das inconsistências verificadas, das informações aparentemente distorcidas e de eventuais incompatibilidades entre os dados apresentados e apontadas pelos interessados anteriormente mencionados.

A discussão pública ganha, assim, ares de uma jurisdição voluntária (e não contenciosa) em que o Estado é chamado a refletir sobre as políticas públicas que vem adotando em seu território *vis-à-vis* da percepção que aquelas entidades têm destas mesmas políticas. Vale dizer, antes de ser um campo de confrontação para uma eventual condenação do Estado, abre-se um cenário de diálogo em que o Estado ganha a oportunidade de perceber como suas ações e projetos são percebidos pela comunidade a que se destinam e por atores outros que buscam se encarregar do mesmo objetivo: a proteção da infância.

Assim, depois de ouvido o Estado, caberá ao comitê elaborar um parecer final em que constarão sugestões e recomendações gerais que sejam consideradas aptas para contribuir para a implementação da convenção, amenizando as distorções apontadas e procurando fazer com que o Estado enxergue soluções outras de simples ou mediana complexidade que antes não conseguia, pelas mais diversas razões, vislumbrar. Por vezes, a tradição histórico-cultural e a estrutura administrativo-burocrática impedem a percepção de medidas aptas à colaboração na superação das dificuldades em curto, médio ou longo prazo.

Ademais, o comitê acaba por se transformar em um repositório oficial de experiências e políticas públicas adotadas pelos mais diversos Estados-parte.

As Linhas Gerais de Orientação elaboradas pelo Comitê indicam claramente que a elaboração e discussão de relatórios nacionais constitui um importante veículo na criação de um diálogo significativo entre o Comitê e os Estados Partes. A discussão que se realiza no seio do Comitê com cada Estado Parte na Convenção constitui uma oportunidade por excelência para guiar o Estado na interpretação e compreensão dos princípios e disposições da Convenção e partilhar as experiências de sucesso verificadas em outros países (ALBUQUERQUE, 2001, p. 48).

Ciente do seu dever de compartilhar tais experiências é que a convenção exige que os relatórios dos diversos Estados-parte, acompanhados do parecer final do comitê, sejam disponibilizados, por meio do secretário-geral da ONU, a todos os demais Estados-parte da convenção, residindo aqui o importante papel de difusão das políticas públicas que foram também controladas pelo comitê.

Caberia, assim, aos Estados analisar esse importante repositório e adaptá-los às peculiaridades da infância em seus territórios, à cultura de seu povo e de sua população.

## 5. CONCLUSÃO

O sistema construído, antes de ser perfeito e acabado, nasceu rarefeito e tem se adensado, como procurei demonstrar de forma bastante positiva. Cabe, todavia, aos Estados dar efetividade ao que há de positivo nesse sistema.

## REFERÊNCIAS

ACCARDI, V. H. Los derechos civiles y políticos ante el comité de derechos humanos: examen de las comunicaciones presentadas en virtud del protocolo facultativo durante los periodos de sesiones 76º

a 81º. *Investigaciones*, Buenos Aires, v. 8, n. 1/2, p.193-225, 2004.

ALBUQUERQUE, C. de. As Nações Unidas, a convenção e o comité. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 83/84, p. 22-54, Nov. 2001.

ANDRADE, A. P. de. A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v. 8, n. 15, p. 9-28, 2000.

BACH, N. La promotion avérée du pluralisme idéologique par le Comité des Droits de l'Homme. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 114, n. 4, p. 829-842, 2010.

BUIRETTE, P. Reflexions sur La Convention internationale des droits de l'enfant. *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 23, n. 1, p. 544-573, 1990.

CASTAÑEDA, J. Valeur juridique des résolutions des Nations Unies. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, n. 129, p. 329-330, 1970.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUZIGOU, I. L'incidence du droit à la vie sur le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 114, n. 2, p. 343-365, 2010.

DHOMMEAUX, J. Le Comité des Droits de l'Homme: 10 anos de jurisprudence – 1977-1987. *Annuaire Francais de Droit International*, Paris, v. 33, p. 447-477, 1987.

ESCARAMEIA, P. *O direito internacional público nos princípios do século XXI*. Coimbra: Almedina, 2003.

FOCARELLI, C. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di best interests of the child. *Rivista di Diritto Internazionale*, Roma, v. 93, n. 4, p. 981-993, 2010.

GHERARI, H. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 96, n. 1, p. 75-102, 1992.

GIALDINO, R. E. Los derechos civiles y políticos ante el Comité de Derechos Humanos: jurisprudencia 1995-2002. *Investigaciones*, Buenos Aires, v. 6, n. 1, p. 171-239, 2002.

MAJZOUB, T.; QUILLERE-MAJZOUB, F. Le statut du comité arabe des droits de l'homme: un organe sous influence? *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 116, n. 1, p. 31-59, 2012.

MONACO, G. F. de C. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

\_\_\_\_\_. O 15º aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 132-146, 2005b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Rapport sur la troisième session du Comité des Droits de l'Enfant. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 55/56, p. 221-276, 1993.

PAIS, M. S. A Convenção sobre os Direitos da Criança: desafio para o futuro. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 41/42, p. 39-51, 1990.

\_\_\_\_\_. A Convenção dos Direitos da Criança – quadro inspirador de uma política global para a infância. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 55/56, p. 209-219, 1993.

PARRA ARANGUREN, G. La tarea complementaria de La Convencion de Naciones Unidas sobre los derechos del niño realizada por las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas. Universidad Central de Venezuela*, Caracas, v. 42, n. 106, p. 51-67, 1998.

PEREIRA, T. da Silva. A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 60, p. 23-39, abr./jun. 1992.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

RAICO GALLARDO, T. Seguimiento a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra La Mujer en materia de justicia y reparación para las víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Perú. *Revista IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, v. 49, p. 383-423, ene./jun. 2009.

SALADO OSUNA, A. Estudio sobre el comentario general numero 24 del Comite de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, n. 14, p. 589-633, 1998.

VARELA QUIROS, L. A. El pacto de derechos civiles y politicos y El Comite de Derechos Humanos. *Relaciones Internacionales*, Heredia, n. 32/33, p. 35-42, 1990.



**AS CRIANÇAS, SUA PRESENÇA/  
AUSÊNCIA NA LEGISLAÇÃO  
BRASILEIRA E A CONSTRUÇÃO DO  
DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA,  
À EDUCAÇÃO E À CONVIVÊNCIA  
FAMILIAR**

*Ana Elisa S. Q. Assis*<sup>1</sup>

*Emerson B. Ferreira*<sup>2</sup>

*Gabriela G. de C. Tebet*<sup>3</sup>

*Rosana Guarnieri*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e mestre em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Professora da Faculdade de Educação da Unicamp, pedagoga e jurista.

<sup>2</sup> Doutorando em Educação da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), mestre pela mesma instituição e especialista em Direito Educacional e Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal (FESL). Bolsista CNPq. Advogado.

<sup>3</sup> Doutora em Educação pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) e mestre pela mesma instituição. Professora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e pedagoga.

<sup>4</sup> Especialista em Políticas Públicas no contexto do Sistema Único da Assistência Social (Suas) pela Faculdade Integrada Espírita (Unibem/Santos) e graduação em Psicologia pela Universidade Paulista (Unip).

## 1. INTRODUÇÃO

Este capítulo apresenta um panorama histórico do modo como as crianças vêm sendo percebidas na história do Brasil, a partir de uma análise dos textos constitucionais, dos códigos criminais brasileiros e da legislação atual específica voltada para a educação e proteção das crianças.

Partimos da compreensão de que as ideias de criança e de infância são social e historicamente construídas e se consolidam por meio de dispositivos que incluem decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos e discurso de naturezas diversas (FOUCAULT, 2011; DELEUZE, 1999). A análise dos discursos dos instrumentos legais brasileiros permite-nos, portanto, verificar quando e como as crianças foram colocadas num espaço de visibilidade e de “dizibilidade”, isto é, quando e de que modo as crianças e a infância tornaram-se “dizíveis”.

Em 1900, a sueca Ellen Key (1900 apud PROUT, 2010) afirmou que o século XX deveria ser o “século da criança”. No cenário internacional, o “século da criança” foi marcado pela Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, em 1924, que se configura como uma primeira tentativa de propiciar à criança alguma proteção especial; pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, reconhecendo a especificidade da infância; e, em 1959, pela Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A definição, pela Organização das Nações Unidas (ONU), do Ano Internacional da Criança em 1979 e a aprovação da Convenção dos Direitos Universais das Crianças em 1989, assinada por quase todos os seus países-membros, são a coroação da importância assumida pela criança na cena pública internacional.

Para Oliveira (2008, p. 147),

No caso das Declarações e Convenções da ONU, os direitos atribuídos às crianças foram também seguindo uma ordem

cronológica, pois a declaração de 1924, após a Primeira Guerra Mundial, preocupou-se com as consequências do conflito para a criança em relação à fome, à saúde, à necessidade de abrigo, centrando-se, assim, nos direitos de provisão. A declaração de 1959, fazendo parte de outro momento histórico, deu uma maior ênfase ao bem-estar da criança, incluindo desenvolvimento, proteção e educação. A Convenção de 1989 combinou direitos de provisão, proteção e participação. Esse último conjunto de direitos é o que marca a grande inovação da Convenção em relação aos documentos anteriores, por isso, é considerada a “Constituição” dos direitos da criança.

No Brasil, grande parte do século XX foi marcada por discursos sobre a infância que se aliavam aos interesses de fortalecimento do Estado, devido ao contexto político no qual o Brasil constituía-se como uma República. A concepção de criança que se constituiu nesse período distinguia crianças ricas das crianças pobres, vendo nestas últimas uma ameaça à ordem e ao bem-estar. Assim, com base nessa imagem da criança pobre como uma ameaça social, a “criança perigosa”, em 1923 observa-se a criação do primeiro juizado de menores do Brasil; em 1927, a promulgação do primeiro Código de Menores do país; e, em 1942, a criação do Serviço de Assistência ao Menor. A concepção da criança como alguém “em perigo”, que carecia de cuidados e proteção, pode ser observada a partir, por exemplo, das convenções que regulamentavam a idade mínima para o trabalho, buscando, assim, proteger as crianças da exploração industrial.

O discurso da criança como um ser social, portadora de direitos, ecoou no Brasil a partir do final da ditadura militar e fez-se ouvir especialmente durante o período constituinte, quando a sociedade civil organizada reivindicava a garantia de uma série de direitos para as crianças (e os adolescentes) nas áreas da saúde, educação e outras, muitos dos quais incorporados, em 1988, à nossa Constituição Federal e reafirmados por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990.

Nesse sentido, o estudo que aqui apresentamos, ao eviden-

ciar os discursos construídos sobre as crianças, nos permitirá ainda observar o surgimento dos marcos legais de proteção à criança e ao adolescente no contexto brasileiro.

Para tanto, além de verificar o modo como a ideia de menor e de criança aparece nos textos constitucionais do Brasil, também nos voltamos para o modo como a questão da integridade física e responsabilidade penal em relação às crianças aparece nos códigos criminais brasileiros, para a construção do direito das crianças à educação e à convivência familiar, tendo em vista que, tal como a escola, a própria instituição “família” pode ser compreendida como um dispositivo que atua na produção de um modelo específico de criança e de infância.

## 2. PANORAMA HISTÓRICO A PARTIR DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

Na primeira Constituição brasileira de 1824, chamada de Constituição Política do Império do Brasil (Cpib), as palavras “infância”, “criança” e “adolescente”<sup>5</sup> não configuram em nenhuma parte do texto normativo, todavia a palavra “menor” pode ser encontrada várias vezes.

Uma dessas vezes é referente ao tratamento diferenciado a um não adulto em especial, a saber: o imperador menor<sup>6</sup>. Todavia, o que o faz especial não é o fato de ser menor, mas um menor qualificado como parte da realeza.

Diferentemente do que está anunciado no Código Civil

---

<sup>5</sup> Essas palavras foram escolhidas de acordo com os atuais textos legais que tutelam os direitos das crianças e dos adolescentes em nosso país. Ao longo do trabalho, sinônimos foram incorporados a fim de se tornar possível a identificação do tratamento dado por cada carta constitucional em seu período de vigência.

<sup>6</sup> É atribuição da assembleia geral a nomeação de um tutor ao imperador menor, caso seu pai não tenha nomeado em testamento (artigo 15, IV, da Cpib).

(CC) de 2002, a Constituição de 1824 qualifica como menores aqueles que têm menos de 24 anos, com exceção feita apenas para os casados e os militares que forem maiores de 21 anos e os bacharéis formados e clérigos de ordens sacras, fato que interferia na possibilidade de votar nas assembleias paroquiais (artigo 92, I, da CpiB). Essa regra não valia para o imperador menor, que assim era qualificado até os seus 18 anos (artigo 121 da CpiB).

Já na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891), nenhuma referência é encontrada aos menores, o que não é de se estranhar tendo em vista que se trata do único texto constitucional na história do país a não mencionar o que seria relativo ao ensino fundamental nos dias de hoje (ASSIS, 2012).

A palavra “infância” aparecerá pela primeira vez num texto constitucional em 1934, na segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (Creub), bem como a palavra “menor” também será encontrada. No caso da infância, ela sempre estará associada à maternidade, seja para determinar que os entes federados estão incumbidos de ampará-las (artigo 138, c, da Creub de 1934) destinando 1% de suas respectivas rendas tributárias (artigo 141 da Creub de 1934), seja para estender esse amparo às situações de trabalho:

Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 3º – Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas (BRASIL, 1934).

Tão interessante quanto encontrar menção da infância no texto constitucional de 1934 é notar embriões de políticas sociais para essa faixa (destinação de verba para amparo e atenção às condições de trabalho), ainda que vinculada à maternidade, ou

seja, ainda que a criança não fosse identificada como sujeito de direito independentemente de seus pais; o que já não ocorre com os adolescentes que, mesmo no início do século, já eram vistos como sujeitos de direito, em especial em relação às questões de direito do trabalho.

Dado o uso da palavra “menor” no mesmo texto para referir-se à proibição de trabalho a menores de 14 anos, bem como de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, e a regulamentação do trabalho para menores de 18 anos e mulheres, enquanto preceitos a serem observados na legislação do trabalho visando melhorar as condições do trabalhador (artigo 121, § 1º, *d*, da Ceub de 1934), podemos deduzir, numa perspectiva jurídica puramente dogmática, que as crianças se enquadravam no corte etário de 0 a 14 anos e os adolescentes de 15 a 18 anos, havendo, inclusive, uma escala de diferença, já que os menores de 16 e maiores de 14 são tratados diferentemente dos menores de 18 e maiores de 16; divisão muito semelhante àquela que temos atualmente no CC (artigos 3º e 4º).

Ainda que tenha sido uma constituição progressiva em vários sentidos, o texto de 1934 vigorou pouco tempo, dando lugar à primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil (Ceub) em 1937 que inaugura o Estado Novo.

Nesse texto, a palavra “infância” aparece sempre vinculada à palavra “juventude”. Dois desses momentos estão vinculados a um contexto educacional: um deles para indicação da competência privativa da União em fixar bases e determinar quadros da educação nacional, dando as diretrizes para a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude (artigo 15, IX, Ceub de 1937), e outro indicando os infantes e os jovens como sujeitos de direito dos recursos necessários para a efetivação dessa formação:

Art. 129 – À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da

Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais (BRASIL, 1937).

Ainda na linha de identificação de sujeitos de direito, o artigo 127 da Ceub de 1937, presente na área que dá destaque à família, indica a necessidade de a infância e a juventude serem objetos de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, este responsável pelas medidas destinadas a assegurar as condições de uma vida sadia e harmoniosa para o desenvolvimento das faculdades infantis. Também registra que o abandono, seja ele moral, intelectual ou físico, significa falta grave, criando ao Estado o dever de prover o conforto e cuidado necessários à preservação física e moral. Note-se que o artigo 127 do texto de 1937 inaugura uma individualização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos sociais sem estarem atrelados à vida do trabalho ou a um responsável, de forma que este último, quando ausente, deve responder por sua omissão.

Curioso é o texto do artigo 122, item 15, *b*, da Ceub:

Art 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

[...]

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude (BRASIL, 1937).

A fim de determinar que apenas a lei pode ditar aquilo que diz respeito à proteção da infância e da juventude, coloca o tema vinculado ao cerceamento da manifestação livre de pensamen-

to, pois, muito embora garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes o direito à liberdade, entre elas de expressão, indica que haverá limites legais cujo objetivo é impedir manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, conteúdos normativos bastante subjetivos, o que serviu aos propósitos do Estado Novo em diversos aspectos.

Assim, não se pode pensar que a identificação do surgimento de uma ideia de criança e adolescente como sujeitos de direito num Estado totalitário é uma adversidade positiva, pois, tendo em vista o discurso de que esses sujeitos são o futuro da nação, nada mais estratégico do que garantir ao Estado acesso à formação para assegurar o controle da população que pode mantê-lo ou eliminá-lo.

Em outras palavras, a leitura dos artigos constitucionais deve ser feita de forma a considerar o contexto normativo do ordenamento jurídico, bem como o contexto social em que esse ordenamento se encontra, caso contrário, corre-se o risco de identificar avanços onde há o desejo de controle.

Essa discussão fica bastante clara diante do texto do artigo 132 da Carta de 1937, no qual há a indicação de que o Estado fundará instituições ou dará auxílio e proteção àquelas que objetivem organizar, para a juventude, períodos de trabalho anual nos campos e nas oficinas, bem como para prover a disciplina moral e o adestramento físico, tendo como fim preparar os jovens para o cumprimento de seus deveres com a economia e a nação.

Por fim, a palavra “criança” também aparecerá na Constituição de 1937, como sujeito de direito, em destaque na elaboração de normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, como competência privativa da União (artigo 16, XXVII).

Com a deposição do até então presidente Getúlio Vargas em 1945, a Constituição Polaca cede lugar à segunda Constituição dos Estados Unidos do Brasil (Ceub), a qual, de acordo com seu preâmbulo, é promulgada “para organizar um regime democrático” (BRASIL, 1946).

Na Carta de 1946, a palavra “infância” aparece apenas uma vez e está ao lado das palavras “adolescência” – que aparece pela primeira vez num texto constitucional – e “maternidade”, esta última, embora configure na mesma frase, não guarda relação direta como havia no texto de 1934. Esses vernáculos estão juntos no capítulo que trata da família e se configuram como ícones de assistência obrigatória em todo território nacional (artigo 164 da Ceub de 1946).

Como no texto de 1934, a palavra “menor” aparece no texto constitucional de 1946 em artigo referente aos preceitos a serem obedecidos pela legislação do trabalho e da previdência social, todavia não faz menção aos menores de 16, apenas aos menores de 14 – proibidos de trabalhar –, e menores de 18 anos – proibidos de trabalhar em indústrias insalubres e no período noturno – proibições que devem respeitar as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo juiz competente (artigo 157, IX, da Ceub de 1946).

A mesma palavra também aparece no capítulo referente à educação e à cultura, todavia vinculado, novamente, à temática do trabalho:

Art. 168 – A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:  
[...]  
IV – as empresas, **industrias** e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores (BRASIL, 1946).

No texto de 1946, encontramos um resumo de todo o aporte construído nas quatro constituições que tivemos até então. A Carta identifica a infância e a adolescência como foco de assistência, bem como o afastamento de menores de 14 anos do trabalho e a preocupação com aspectos trabalhistas aos menores de 18 e maiores de 14. Nem por isso ela deixa de trazer uma novidade no ato das disposições constitucionais transitórias:

Art. 18 – Não perderão a nacionalidade os brasileiros que, na última guerra, prestaram serviço militar às Nações aliadas, embora sem licença, do Governo brasileiro, nem os menores que, nas mesmas condições, os tenham prestado a outras nações (BRASIL, 1946).

A garantia da nacionalidade ao menor que tenha prestado serviço militar a outras nações na última guerra – no caso, a Segunda Guerra Mundial – não só inaugura novo aspecto do sujeito de direito em discussão neste estudo, como também relaciona o reconhecimento desse direito a algo que permite acesso aos demais, pois, uma vez reconhecidamente brasileiro, a Constituição o guarda sem qualquer ressalva (VEDOVATO, 2012).

Em 1967, com o intuito de institucionalizar e legalizar o regime militar, é promulgada a primeira Constituição da República Federativa do Brasil. À exceção do artigo 18 das disposições transitórias do texto de 1946, o tratamento às crianças e aos adolescentes na Carta de 1967 é praticamente o mesmo, exceto no que se refere à diminuição da idade permitida para o trabalho, o que, certamente, foi um retrocesso:

Art. 158 – A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

X – *proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;*

[...]

Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

[...]

§ 4º – A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

[...]

Art. 170 – As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes.  
Parágrafo único – As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores (BRASIL, 1967, grifo nosso).

Ainda que por muitas vezes seja tratada como Constituição, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 modificou a maior parte do texto de 1967, uma vez que o objetivo no processo de fortalecimento do regime militar era dar ao Poder Executivo destaque perante os demais poderes. Todavia, no que tange aos direitos da criança e do adolescente, manteve as ideias do texto apresentado na Constituição de 1967 apresentada com algumas pequenas modificações na organização das frases.

Foi com a segunda Constituição da República Federativa do Brasil, mais conhecida como Constituição Cidadã (CF) de 1988, que muitos direitos foram inaugurados, resgatados e/ou reafirmados, entre eles os referentes às crianças e aos adolescentes.

No caso da “infância”, encontramos a palavra em três momentos diferentes, a saber: no capítulo dos direitos sociais, sendo indicada como tal (artigo 6º da CF); a proteção da infância e da juventude como tema para legislar de competência privativa da União (artigo 24, XV, da CF); e na seção referente à assistência social, sendo listada como um dos seus objetivos (artigo 203, I, da CF).

Além de constar no artigo 24, XV, a “juventude” tem um destaque singular a partir de 2010 com a Emenda Constitucional de nº 65, que determina o estabelecimento, em lei, do estatuto da juventude a fim de regular os direitos dos jovens e o Plano Nacional de Juventude com vistas à execução de políticas públicas para essa parcela da população (artigo 207, § 8º, I e II, da CF).

Mesmo que se tenha a presença da palavra “juventude”, também é grande a incidência da palavra “adolescente”, ainda que, na maioria das vezes, apareça juntamente com a palavra

“criança” que era praticamente inexistente nos textos anteriores, com exceção do texto de 1937 que trouxe o vernáculo junto do direito à saúde.

O capítulo VII, do título VIII, da CF que trata “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso”, entre outras coisas, encarrega a família, a sociedade e o Estado – nesta ordem – como responsáveis por assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade (sic), o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, bem como à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da CF).

Afora toda a seção específica de educação voltada, em especial, também para essa parcela da população (artigos 205 a 214 da CF), há ainda a previsão especial de assistência integral à saúde mediante políticas específicas, inclusive para os deficientes (artigo 227, § 1º, I e II, da CF); a garantia do trabalhador adolescente e jovem à escola (artigo 227, § 3º, III, da CF); assistência jurídica ao acolhimento nos casos de abandono ou orfandade (artigo 227, § 3º, VI, da CF); programas de proteção especializada quando do envolvimento com entorpecentes (artigo 227, § 3º, VII, da CF); e punição severa ao abuso, à violência e à exploração sexual da criança e do adolescente (artigo 227, § 4º, da CF).

Tendo em vista o rico leque de aspectos protetivos que traz a CF em vigor, escolhemos três temáticas para abordar em nosso trabalho, a saber: direitos à integridade física, à educação – com especial ênfase para a educação infantil –, já que sua aparição e seu tratamento ocorrem apenas nessa Constituição, como bem destaca Assis (2012 – e à convivência familiar e comunitária, este preconizado no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC). Tal debate extrapolará os limites dos textos constitucionais e trará para o foco de análise um conjunto

de outros documentos legais que podem ser compreendidos como dispositivos que, em diferentes momentos da história do Brasil, contribuíram para conformar um determinado modelo de criança e de infância, bem como para atribuir às crianças e aos jovens lugares específicos na tessitura social.

### **3. INTEGRIDADE FÍSICA E RESPONSABILIDADE PENAL DA CRIANÇA NOS CÓDIGOS CRIMINAIS BRASILEIROS**

Se hoje é amplamente conhecida a ideia de que crianças e adolescentes possuem direito à integridade física, psíquica e moral (tal como prevê o artigo 17 do ECA – Lei nº 8.069/90 aprovado dois anos após a promulgação da CF), é também sabido que tal direito deriva de uma nova percepção da infância e de uma nova compreensão do que seriam as crianças e os adolescentes e quais deveriam ser os seus direitos, de modo que nem sempre as crianças e os adolescentes tiveram garantido o direito à sua integridade física. É sobre o desenvolvimento desse direito que esta seção discorrerá.

Como no caso das constituições centenárias do Brasil, também não encontramos os termos “criança” e “infância” em códigos criminais e leis esparsas que, durante muito tempo, formaram o alicerce do direito tupiniquim.

Retrocedendo à aurora do direito luso-brasileiro, podemos notar que as Ordenações Filipinas<sup>7</sup>, espécie de conglomerado de leis esparsas que ditavam as regras naquele período histórico, em momento algum, faziam qualquer tipo de menção aos termos “criança” e “infância”, embora se descomedissem no uso da nomenclatura “menor”. Percebe-se, porém, que a refe-

---

<sup>7</sup> As Ordenações Filipinas tiveram vigência no Brasil de 1603 a 1916 e foram sancionadas no reinado de Felipe II (1598-1621). A referida legislação fez parte das chamadas Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas 1500-1514; Manuelinas 1514-1603; Filipinas 1603-1916).

rida legislação preocupava-se amplamente com duas questões primordiais: “a sedução” com a conseqüente ofensa sexual<sup>8</sup> de menores e a “punibilidade” muitas vezes fomentada pelo desajuste social dos pequenos.

Embora houvesse tais preocupações relacionadas à criança e ao adolescente no início do direito brasileiro, podemos afirmar que essas legislações especializadas em matéria criminal<sup>9</sup> acabavam por não distinguir com absoluta precisão a criança e o adolescente do adulto, reforçando a tese de que os cuidados e a conseqüente valorização da criança não teriam sido observados em outros períodos históricos (ARIÈS, 1981).

Nesse sentido, observa-se que uma das grandes preocupações do legislador português do período citado dizia respeito aos atos sexuais considerados nefandos, como o era o crime de sodomia<sup>10</sup>. Dizia o texto legal:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commeter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos reinos, posto que tenha descendentes, pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi

---

<sup>8</sup> “Todo ato ou jogo sexual que pressuponha o intuito de obtenção de satisfação sexual por meio de criança ou adolescente, perpetrado por pessoa em estágio de desenvolvimento psicossocial mais adiantado, por meio de violência física, coação, sedução ou indução de seu consentimento” (TABORDA; ABDALLA-FILHO; CHALUB, 2012, p. 258).

<sup>9</sup> No contexto, faz-se referência aqui às legislações estudadas para este trabalho, tais como: quinto livro das Ordenações Filipinas, Código Criminal do Império, Código Processual Criminal do Império, Código Penal Republicano, e o Código Penal de 1940 com as alterações pertinentes.

<sup>10</sup> Relação sexual anal. O crime de sodomia encontra-se inserido no título XIII das Ordenações Filipinas com o seguinte enunciado: “Dos que commetem peccado de sodomia, e com alimarias” (ALMEIDA, 1870, p. 1162).

como os daqueles que cometem crimes de Lesa Magestade (ALMEIDA, 1870, p. 1162)<sup>11</sup>.

Como visto, o crime de sodomia acabava por não distinguir a figura da criança da figura do adulto<sup>12</sup>. Na prática, apenas teriam tratamento diverso quando a criança ou o adolescente figurasse como autores do crime (e não vítimas). Nesse caso, o arbítrio da pena ficaria a cargo do magistrado. Porém, não obstante toda a truculência apresentada pela letra de lei, a prática dos abusos contra os corpos das crianças quase sempre declinava para a impunidade<sup>13</sup> (MOTT, 1989; RAMOS, 2004;

<sup>11</sup> As citações de obras do século XVII ao XIX, quando retiradas dos livros originais, pela sua excentricidade serão reproduzidas neste capítulo como originalmente foram grafadas.

<sup>12</sup> Em sequência, nos parágrafos subsequentes, não existe nenhuma referência a criança ou adolescente: “1. E esta lei queremos, que também se estenda, e haja lugar das mulheres, que umas com as outras cometem peccado contra natura [...]. 2. Outrosi qualquer homem, ou mulher que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimária [...]. 3. E as pessoas, que com outras do mesmo sexo, commeterem o peccado de mllicie [...]” (ALMEIDA, 1870, p. 1163).

<sup>13</sup> Nesse sentido: “Entregues a um cotidiano difícil e cheio de privações, os grumetes viam-se obrigados a abandonar rapidamente o universo infantil para enfrentar a realidade da vida adulta. Muitos grumetes eram sodomizados por marujos inescrupulosos. [...] Quando os grumetes eram estuprados por marinheiros, quer por medo ou vergonha, dificilmente queixavam-se aos oficiais, até porque muitas vezes eram os próprios oficiais que haviam praticado a violência” (RAMOS, 2004, p. 27). “Em 1746, chega ao Tribunal do Santo Ofício de Lisboa a seguinte denúncia: Maria Teresa de Jesus, mulher casada, moradora na Vila de Santarém, ‘saindo de sua casa um seu filho, Manoel, de 5 anos, foi levado por um moço, Pedro, criado, para o porão e usou do menino por trás, vindo o menino para casa todo ensanguentado’. Em 1752, outro caso semelhante [...] um moço de 25 anos, José, marinheiro, agarrou um menino de 3 anos incompletos, João, o levou para um armazém, do qual saiu a criança chorando muito, todo ensangüentado e rasgado seu orifício com a pica do moço’. Malgrado a perversidade destes atos [...] os reverendos inquisidores não deram a menor importância a estas cruéis violências, arquivando as denún-

FERREIRA, 2014).

Talvez, para aquela sociedade, tão repugnante quanto o crime de sodomia seria o delito apresentado no título XVII das Ordenações Filipinas, em que, em suas escritas, se dispunha o seguinte:

Dos que dormem com suas parentas e afins: Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mai, ou outra sua ascendente, sejam queimados, e ella tambem, e ambos feitos per fogo em pó (ALMEIDA, 1870, p. 1166).

Tratava-se do crime de incesto<sup>14</sup>, delito atenuado em legislações futuras<sup>15</sup>, mas que, naquele momento histórico, era considerado crime nefando. Novamente podemos observar nessas linhas legais que outra vez o legislador equiparava a figura dos descendentes (quase sempre crianças) aos ascendentes, no caso, adultos. Ou seja, os atos sexuais praticados contra corpos de crianças não diferiam de forma alguma dos atos praticados contra corpos de adultos, e a punição deveria ser aplicada tanto ao pai infrator da legislação vigente quanto à criança. Na verdade, o que se punia era a imoralidade do ato em si, não importando ao legislador, como também ao julgador, contra quem ele era direcionado. A quebra das regras morais sobressaía à torpeza do ato, acabando muitas vezes por equiparar o corpo da criança ao corpo já capacitado e experimentado do adulto.

---

cias” (MOTT, 1989, p. 33).

<sup>14</sup> “A palavra ‘incesto’ deriva de *incestum*, que quer dizer estritamente ‘sacrilégio’. *Incestum* deriva de *incestus* que significa ‘impuro e sujo’. *Incestus*, por sua vez, é forjado a partir do privativo *in* e *cestus*, que é a deformação de *castus*, que significa ‘casto, puro’. Assim, *incestus* tem também o sentido de não casto” (CROMBERG, 2001, p. 28).

<sup>15</sup> “He este o crime de incesto, que tambem não he punido, nem qualificado pela nossa Legislação penal. Parece que factos desta ordem ou não existem, ou segundo o moderno Legislador devem ser esquecidas” (ALMEIDA, 1870, p. 1166).

Também os crimes de estupro, rapto e sedução localizados na referida ordenação não faziam distinção alguma dos sujeitos violentados:

TITULO XVIII – Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. [...] 3. E o homem, que induzir alguma mulher virgem, ou honesta, que não seja casada, per dádivas, afagos, ou prometimentos, e a tirar e levar fora de caza de seu pai, mai, Tutor, Curador, senhor ou outra pessoa, sob cuja governança ou guarda estiver [...] (ALMEIDA, 1870, p. 1168-1169).

Aqui, percebe-se novamente a ausência da figura da criança. Mesmo em casos de estupro (sexo sem consentimento), rapto e sedução, estranhamente existia por parte da legislação um tratamento igualitário entre crianças e adultos, haja vista que a tipificação dos crimes acabava por enquadrar os sujeitos do crime de forma idêntica, desconsiderando os requisitos da “idade” e “fragilidade” das vítimas.

Quanto à questão da punibilidade dos atos criminosos, a legislação filipina trazia nesse ponto certa diferenciação entre as condutas dos agentes, separando atitudes delituosas dos considerados adultos daqueles tidos como menores:

Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, que passar dos vinte annos, commeter qualquer delicto, dar-selhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstancias delle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja morte natural! E parecendo-lhe que não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto

mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum (ALMEIDA, 1870, p. 1311)<sup>16</sup>.

Logo, *grosso modo*, tínhamos a lei eximindo o menor de 17 anos em qualquer dos casos delitivos elencados nas ordenações da pena de morte, podendo o magistrado aplicar-lhe uma pena menor. Do mesmo modo, dos 17 aos 20 anos, o julgador teria livre convicção para decidir a pena a ser empregada, podendo, neste caso, atenuá-la ou condenar à morte, e finalmente, após os 20 anos, responderia o autor do crime ao delito cometido como se adulto fosse<sup>17</sup>.

O texto legal do quinto livro das Ordenações Filipinas somente foi alterado com a promulgação do Código Criminal do Império de 1830<sup>18</sup>. Nesse novo instrumento, as figuras delituosas da “sodomia” e do “incesto”, conquanto mantidas nesse novo código, aparecem agora com terminologias legais diferentes, como veremos adiante.

Nesse contexto, o legislador do novo código procurou ajustar os crimes maculadores da integridade (estes compreendendo os abusos sexuais) no capítulo intitulado “Dos Crimes contra a Segurança da Honra”. Aqui, pela primeira vez, a legislação passou a diferenciar o adulto da criança e do adolescente, pois, já no *caput* do artigo 219, prescreveu: “Deflorar Mulher virgem,

---

<sup>16</sup> Trata-se do título CXXXV do quinto livro das Ordenações Filipinas. Referido título possuía o seguinte *caput*: “Quando os menores serão punidos por os seus delictos, que fizerem”.

<sup>17</sup> A menoridade nas Ordenações Filipinas terminaria aos 25 anos, idade em que o legislador acreditava completar-se o desenvolvimento da razão (SOUZA, 1867, p. 47).

<sup>18</sup> Alterou-se somente o quinto livro das Ordenações Filipinas que tratava exclusivamente da legislação criminal. A legislação civil continuou inalterada até a vigência do CC de 1916.

menor de dezessete anos”<sup>19</sup>. Observa-se a necessidade da não violência, da virgindade e da menoridade para a tipificação do delito. Nesse tipo de crime, o casamento entre abusador e vítima extinguiria a punibilidade. Já a nova configuração aplicada ao “incesto” apareceria no artigo 221<sup>20</sup>, com uma pena mais elevada do que a subscrita no artigo 219, haja vista a impossibilidade de autor e vítima contraírem núpcias pela questão do pecado e da consanguinidade. Porém, o dispositivo de maior penalidade estaria insculpido no artigo 222:

Ter cópula carnal por meio de violencia ou ameaças com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por trez a doze annos, e a dotar a offendida Penas: de prisão por trez a doze annos, e de dotar a offendida (SOUZA, 1867, p. 561-562).

Observa-se, portanto, que o defloramento contido no artigo 219 era considerado delito leve. Ele somente era punido quando a ofendida apresentasse 17anos incompletos. Fora desse parâmetro, era tido como crime com consentimento. Já o artigo 222 dizia respeito a crime com requintes de violência (estupro), sem consentimento da vítima. Ambos, tanto o crime do artigo 219 como o do artigo 222, socorriam a integridade física da criança, embora no primeiro caso, pela sua natureza mais branda, dependeria de queixa para sua sequênciã (crime privado). Já o crime de estupro, pela questão da violência, seria considerado crime público podendo ser sequenciado pelo Ministério Público.

É interessante notar que, embora o Código Criminal do Império tenha, do artigo 219 ao 228, apresentado uma gama

<sup>19</sup> A pena para o crime seria de desterro fora da comarca onde a vítima residia, por até três anos, e a obrigatoriedade de o abusador dar-lhe um dote, com a opção de casamento entre ambos, caso este em que se extinguiria o crime.

<sup>20</sup> “Se o estupro for commettido por parente da deflorada em grao que não admitta dispensa do casamento. Penas – de degredo por dous a seis annos para a província mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta” (SOUZA, 1867, p. 561).

de instrumentos legais capazes de frear abusos em crianças do sexo feminino, nada estabeleceu a respeito de violência contra o corpo de meninos (o crime de sodomia da antiga Ordenação Filipina). Assim, quando da caracterização de qualquer abuso contra meninos, restava à vítima o amparo do vastíssimo conceito insculpido no artigo 280<sup>21</sup> do mesmo *codex* para fazer valer os seus direitos.

Quanto à questão da punibilidade de crianças consideradas delinquentes, o Código Criminal do Império limitou-se a vincular a periculosidade do ato criminoso ao discernimento do indivíduo<sup>22</sup>. Então, segundo os ditames desse código, qualquer pessoa com idade inferior a 14 anos que não agisse com discernimento seria considerada inimputável, ou seja, não responderia ao crime que a ela estava sendo imposto. Porém, se comprovado que aquele menor tinha discernimento no momento do ato, ele era considerado apto a responder pelo crime independentemente de sua idade<sup>23</sup>.

A legislação criminal do império somente seria vencida após a Proclamação da República. Com o novo regime surgiria também uma nova legislação, que, de acordo com o contexto

---

<sup>21</sup> “Art. 280. Praticar qualquer acção que na opinião publica seja considerada como evidentemente ofensiva da moral e bons costumes, sendo em lugar publico” (SOUZA, 1867, p. 446).

<sup>22</sup> Nesse sentido, segundo Oscar de Macedo Soares (1910, p. 74), tal conceito diz respeito ao sentido jurídico, “o da concepção do justo e do injusto. [...] Deve o discernimento ser considerado sob o ponto de vista do acto praticado pelo menor e não apreciado sob um ponto de vista geral. [...] A questão do discernimento deve ser resolvida pelo Jury, devendo o juiz formular o quesito: O réu obrou com discernimento?”.

<sup>23</sup> Nesse sentido, está o Código Criminal do Império em seu artigo 13: “Se se provar que os menores de quatorze annos que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto qu o recolhimento não exceda a idade de dezeseite annos” (SOUZA, 1867, p. 44-45).

intelectual da época, lançaria luz ao retrógrado Código Imperial. Com efeito, o Código Penal Republicano de 1890 inovaria tópicos importantes não abrangidos pelo legislador imperial, porém estaria longe de ser panaceia para todos os problemas da nova República.

Uma das inovações a que o novo *codex* se propôs foi exatamente a preocupação com os corpos de meninas e meninos violados sexualmente. Se o antigo instrumento processual em momento algum fazia referência a gênero em suas tipificações legais, o Código Penal Republicano, impulsionado pela valorização da criança (ARIÈS, 1981) e pelo aumento dos crimes sexuais praticados por adultos em face dos menores, passou a legislar sobre o assunto de forma mais contundente, buscando frear as atitudes de pederastas<sup>24</sup> que, de acordo com o imaginário vigente, se esbaldavam nos corpos imaturos de indefesas crianças.

Com efeito, os crimes que atentavam contra a integridade das crianças e dos adolescentes foram elencados no título VIII do *codex* Penal Republicano com a insígnia: “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Já no início do título, a insígnia “Da violência Carnal” já demonstrava a preocupação do legislador com a questão de gênero, visto a abrangência do termo. Seguindo o raciocínio dispunha o artigo 266:

Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena – de prisão cellular por um a seis annos. Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de *menor idade*, praticando com Ella ou contra Ella actos de libidinagem (sic) (SOARES, 1910, p. 533, grifo nosso).

---

<sup>24</sup> A pederastia (relação homossexual entre adulto e adolescente) era relatada nos tratados médicos e jurídicos da época, porém o termo “pedofilia”, preferência de adultos por crianças de ambos os sexos, foi cunhado por Krafft-Ebing (1886) no final do século XIX, denominado pelo médico alemão como “pedofilia erótica”.

Dessa forma e no intuito de um alcance maior da letra de lei, o legislador optou por proteger meninos e meninas, e ainda acabou por estender a penalidade aos abusadores que, embora não cometessem o atentado de forma concludente, praticassem contra a criança ou o adolescente atos libidinosos<sup>25</sup>. Da mesma forma, os artigos 267 e 270 acabaram complementando o artigo anterior, beneficiando também o menor vitimizado, pois dispunha:

267: Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude: Pena – de prisão celular de um a quatro annos;  
270: Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viúva, attahindo-a por sedução ou emboscada, ou obrigando-a por violencia não se verificando a satisfação dos gozzoz genésicos: Pena – de prisão cellular por um a quatro annos (SOARES, 1910, p. 536).

Como se vê no contexto dos artigos apresentados, o legislador dá importância inédita à criança e ao adolescente, pois tenta evitar com certa amplitude o famigerado crime de sedução.

É interessante notar ainda que, na sequência do documento legal, o parágrafo 4º do artigo 273 dispõe sobre incesto, mas dessa vez diferentemente das legislações anteriores, colocando-o apenas como elemento agravante dos artigos antecedentes, e não como delito próprio.

273: As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte: [...] E com augmento da quarta parte: 4º, si fôr ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida (SOARES, 1910, p. 550).

---

<sup>25</sup> “Os actos libidinosos ou impudicos não violentos consistem no abuso de menores para satisfações de desejos sexuaes por meio que não seja o coito [...]. Em geral, consistem os actos libidinosos em tocamientos, apalpadellas e outras práticas [...]” (SOARES, 1910, p. 534-535).

Como no Código Criminal anterior, o casamento seria causa de extinção da punibilidade<sup>26</sup>, transformando-se em uma espécie de remédio para os abusos sexuais daquela sociedade.

Com respeito à questão da punibilidade envolvendo menores delinquentes, houve algumas alterações nesse diploma legal se comparado ao Código de 1830. No limite, o Código Penal de 1890 passaria a isentar completamente o menor de 9 anos, independentemente de exame de capacidade, pois, nesses novos ditames, é ele considerado absolutamente livre de qualquer intenção criminoso. Já os infratores que estavam na faixa que compreendia a idade de 9 a 14 anos, a atitude criminoso era investigada para se conhecer o discernimento do autor. Se provado ter ele agido com discernimento, era condenado e encaminhado a estabelecimentos disciplinares, onde sua permanência seria decidida pelo juiz não podendo ultrapassar a idade de 17 anos. Aos maiores de 14 e menores de 21 anos, a idade beneficiava-os somente no que diz respeito à diminuição da pena (SOARES, 1910, p. 73, 133).

É importante salientar que, embora os códigos criminais oitocentistas tenham dado contribuições relevantes ao combate dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes como observado largamente neste capítulo, essas mesmas legislações também acabaram por dar novo sentido à terminologia “menor”. Se, em tempos coloniais, “menor” era apenas sinônimo de idade, no Império e na República, com forte influência de correntes da psiquiatria e da medicina legal<sup>27</sup>, o termo passou a ser adjetivo jurídico endereçado a crianças de baixa classe social, já que

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: “O casamento apaga o delicto, restituindo á mulher a posição que occupava na sociedade” (VIVEIROS DE CASTRO apud SOARES, 1910 p. 561).

<sup>27</sup> Nesse sentido, temos as obras de Benedict Morel (1809-1863), *Tratado de degeneração física, intelectual e moral da espécie humana e as causas que produzem essas variedades doentias*, de 1857, e de Cesare Lombroso (1835-1909), *O homem delinquente*, de 1876.

a maioria gritante das que figuravam em processos judiciais eram de classes menos favorecidas. Nesse contexto, tínhamos, em um polo social, uma criança que, por pertencer a classes abastadas, era criada e preparada para comandar a nação, e, em outro, uma criança pobre, estigmatizada, tendo contra ela um rígido controle estatal, em que, dependendo das circunstâncias e da necessidade da nação, era domesticada para o trabalho (arquétipo proletário) ou trancafiada em instituições de controle para correção de seus delitos e mazelas (arquétipo do menor delinquente) (MARCILIO, 1998).

Nesse caminhar, passaram-se 50 anos e um novo instrumento penal foi incorporado à sociedade. Tratava-se do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848). Nele, os crimes sexuais contra crianças e adolescentes ganharam novas vertentes. Agora, o crime de estupro somente seria tipificado quando perpetrado contra o sexo feminino, pois o delito exigia “conjunção carnal” com penetração intravaginal. No intuito de proteger os pequenos, a pena seria consideravelmente aumentada se o crime fosse praticado contra menores de 14 anos (parágrafo único do artigo 213). Mas o legislador preocupou-se também com os abusos contra meninos e, em uma tentativa de barrar a perversidade sexual, prescreveu um antídoto penalizador no artigo 214 daquele código denominando-o “atentado violento ao o pudor” (sic). Com as mesmas características do estupro, o dispositivo se diferenciava daquele crime por exigir que contra a vítima se praticasse “qualquer ato libidinoso” diferente da conjunção carnal.

O Novo Código sofreria nova mudança significativa no ano de 2009 com a efetivação da Lei nº 12.015, em especial, nas tratativas dos delitos sexuais aqui estudados. A tutela jurisdicional que anteriormente buscava prevenir os abusos sexuais por meio da padronização do comportamento social (proteção da honra e dos costumes) passaria doravante a preocupar-se com a própria dignidade sexual do sujeito (GRECO, 2011). Assim, todo título VI desse Código Penal anteriormente denominado de “Crimes

contra os costumes” passaria a ser designado de “Crimes contra a dignidade sexual”. Mas, pelo rumo que este estudo tomou, mostra-se aqui imprescindível demonstrar o tratamento dado pelo legislador na confecção do artigo 217-A dessa reforma penal. Nesse item, a preocupação maior foi para com a tutela sexual de menores de 14 anos, em que, já no *caput* do artigo, proíbe-se veementemente a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso contra essa faixa etária, protegendo, assim, meninos e meninas do fantasma descrito no longínquo ano de 1886 pelo médico alemão Krafft-Ebing, qual seja, a “pedofilia”<sup>28</sup>.

A imputabilidade penal foi observada e fixada no artigo 23 do Código Penal de 1940 em 18 anos de idade, preferindo o legislador adotar com exclusividade a modalidade biológica para a fixação da idade punitiva. Essa medida representaria certa vitória sobre o pensamento conservador do século XIX, pois passava a diferenciar cabalmente a criança do adulto. Mas foi somente com o ECA que os menores de outros tempos deixaram o estigma de “menores” e, ganhando em direitos e dignidade, puderam finalmente ser chamados de “crianças”.

#### 4. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Por muito tempo na história da educação das crianças no Brasil, o Estado se omitiu e deixou essa tarefa a cargo das famílias e da Igreja. Nesse sentido, diversos são os estudos que relacionam as ações da Igreja e as primeiras instituições brasileiras de atendimento e educação de crianças. De acordo Mattos (1958 apud SAVIANI, 2008), a história das instituições escolares brasileiras inicia-se com a primeira escola brasileira, fundada pelos jesuítas em 1549.

Outras instituições igualmente importantes na história

---

<sup>28</sup> E aqui não mais como uma mera citação em um tomo psiquiátrico como publicado pelo psiquiatra alemão, mas sim já descrito como transtorno da preferência sexual - CID nº 10 (F65).

da educação brasileira são o Orfanato da Companhia de Jesus, que abrigava os órfãos vindos de Portugal, e a Roda de Expostos, que recebia as crianças enjeitadas, identificadas como as primeiras instituições brasileiras destinadas ao atendimento infantil (MARCILIO, 1997; KUHLMANN JR.; ROCHA, 2006; PASSETTI, 1999; KISHIMOTO, 1990; DIDONET, 2001; TEBET; ABRAMOWICZ, 2010; ABRAMOWICZ et al., 2006), tendo funcionado no Brasil entre os anos de 1726 e 1950 com o objetivo de receber as crianças abandonadas e dar assistência a elas.

Durante o período colonial (de 1500 a 1808), o Brasil, na condição de colônia, constituía-se como uma mera extensão territorial de Portugal, e a educação da população estava ligada à Igreja e não ao Estado. Se analisarmos o período imperial e mesmo o da República Velha, observaremos que o investimento em educação para a população, quando existiu, foi irrisório.

Nesse sentido, Cury (2007) indica que, no que se refere ao período imperial, ainda que a Constituição Imperial de 1824 indicasse, em seu artigo 179, § 2º, a gratuidade da instrução primária a todos os cidadãos brasileiros, tal documento não fazia qualquer menção ao direito à educação ou mesmo à sua obrigatoriedade. Não havia nenhuma previsão de fontes de financiamento dessa instrução gratuita, bem como não se especificava qualquer dever do Estado em relação à sua oferta. O autor indica ainda que, em 1891, a Constituição Liberal omitiu a gratuidade do ensino de seu texto, afirmando apenas o direito dos cidadãos a tal nível do ensino.

Durante a República Velha também não se logrou significativas conquistas no que tange à Educação. Foi a partir de 1930, com o início da República Nova, que o Brasil viveu importantes mudanças no campo das políticas voltadas para a educação, fruto da adoção de uma nova concepção de Estado, menos liberal e mais comprometido com as camadas populares da sociedade. Nesse período, a área educacional desenvolveu-se significativamente em relação à República Velha e as reformas do ensino (promovidas separadamente a partir da década de 1920,

por Sampaio Dória, Lourenço Filho, Anísio Teixeira e Fernando Campos, com o intuito de alcançar uma renovação pedagógica) puderam se entender por todo o país.

Com a República Nova, as medidas para a criação de um sistema educativo público foram controladas oficialmente pelo governo, que criou, em novembro de 1930, o Ministério da Educação e Saúde, responsável, entre outras coisas, pela difusão da instrução básica que teria como um de seus principais objetivos formar a nação brasileira, que deveria ser constituída de um povo mais apto às exigências democráticas, como o voto. Outra das ações do recém-criado Ministério da Educação e Saúde foi o investimento no ensino superior, com a criação das bases do sistema universitário e a contratação de jovens professores europeus, ações que visavam à formação de uma elite de futuros políticos, pensadores e técnicos.

Para Cury (2007) “o marco básico de uma intervenção estatal-nacional decisiva nos sistemas de ensino é a Constituição Federal de 1934”, a partir daí, o direito das crianças à educação foi sendo progressivamente ampliado, de modo que hoje ela é compreendida como um direito social<sup>29</sup>, sendo obrigatória dos 4 aos 17 anos de idade<sup>30</sup>. Constitui-se como um dever do Esta-

---

<sup>29</sup> Ver o artigo 6º da CF/88 alterado pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010. A redação define o seguinte: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>30</sup> Destaca-se que, no caso das crianças com idade inferior a 4 anos de idade, o seu direito à educação está estabelecido no inciso XXV do artigo 7º da CF/88 e no inciso I do artigo 208, ambos modificados pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006. Tais dispositivos estabelecem: “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” e “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

do, sendo a matrícula na rede privada uma opção das famílias, diferentemente do panorama estabelecido na década de 1930, quando ao Estado cumpria oferecer educação apenas às crianças cujas famílias não tivessem os recursos necessários para oferecer educação adequada.

No que se refere às instituições de atendimento às crianças com idade inferior à atendida pelo ensino primário, Kishimoto (1990) aponta que a primeira instituição pública de educação infantil foi o jardim de infância anexo à Escola Normal Caetano de Campos em São Paulo, fundado em 1896, cinco anos após a promulgação da primeira Constituição Republicana que, assim como sua antecessora, foi silente no que tange ao direito à educação das crianças. A autora destaca que, assim como os jardins de infância privados existentes no período, o Jardim de Infância da Escola Caetano de Campos, apesar de mantido pelo poder público, era voltado sobretudo para os filhos da elite.

Outras instituições de educação infantil existentes no Brasil na época eram as salas de asilo ou casas de asilo, mantidas pela Igreja Católica, as creches das vilas operárias e as escolas maternais criadas por Anália Franco para atender órfãos e também filhos de operários.

No período posterior à ditadura militar, observamos uma intensa participação popular nos processos de elaboração da CF de 1988 e mais recentemente nos processos de elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/96) e dos Planos Nacionais de Educação (Lei nº 10.172/2001, com vigência entre 2001 e 2010, e Lei nº 13.005/2014, com vigência entre 2014 e 2024), ainda que a redação deste último tenha sofrido diversas alterações em relação ao que foi construído pela sociedade na Conferência Nacional de Educação – Conae (BRASIL, 2010b).

Entre os movimentos sociais que incidiram nos debates e no processo de elaboração de políticas educativas durante a década de 1980 e que implicaram conquistas no que se refere ao direito das crianças à educação, destacamos, tal como Tebet e

Abramowicz (2010), a ação dos Clubes de Mães, das Associações de Mulheres e do Movimento de Lutas por Creches, criado em 1979, durante o I Congresso da Mulher Paulista. De acordo com Teles (2003, p. 103), as participantes desse congresso exigiam

[...] creches totalmente financiadas pelo Estado e empresas, próximas aos locais de moradia e trabalho, que não sejam meros depósitos de crianças e que contem com a participação dos pais na orientação pedagógica.

Também podemos destacar a realização do Encontro de Mulheres “Nós e a Constituinte”, em São Paulo em 1986, o Encontro Nacional sobre Políticas da Atendimento à Criança de 0 a 6 anos, em Brasília no mesmo ano, a Vigília Nacional no Congresso: “As Mulheres Estão de Olho em Você, Filho não é só da Mãe”<sup>31</sup>, realizada em Brasília em 1988, visando exigir a participação mais efetiva do Estado na educação das crianças, o que foi conquistado sobretudo por meio dos artigos 6º, 7º e 208º da CF. Eles estabelecem o direito da população e os deveres do Estado, e, após algumas alterações sofridas ao longo do tempo, hoje possuem a seguinte redação:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (EC 59/09);

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito (EC 14/96);

III – atendimento educacional especializado aos portadores de

---

<sup>31</sup> Conforme registros disponíveis em: <<http://www.memoriaemovimentossociais.com.br/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;  
IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5  
(cinco) anos de idade (EC 53/06) (BRASIL, 2010a).

Ressalta-se que a interpretação da lei no que diz respeito à obrigação do Estado em atender todas as crianças em creches e pré-escolas é controversa, o que faz com que os municípios entendam que sua obrigação se restringe às etapas obrigatórias da educação. Por sua vez, os movimentos sociais e as promotorias de diversas localidades têm compreendido que o dever do Estado em relação à educação diz respeito a todas as etapas e que a não obrigatoriedade de matrícula das crianças não implica uma não obrigatoriedade de oferta para as famílias que desejarem ser atendidas.

Esse descompasso de interpretação do texto legal tem implicado um número grande de mandatos judiciais exigindo vaga em creches para crianças não atendidas, e tal procedimento pode ser considerado delicado, na medida em que, ao mesmo tempo que defende o interesse das crianças no que diz respeito à garantia de acesso à educação, é prejudicial do ponto de vista da garantia de qualidade, pois torna as turmas excessivamente numerosas.

Na década de 1990, as reivindicações populares também encontraram espaço no processo de elaboração da LDB, e, no que diz respeito à educação infantil, destaca-se a definição das creches e pré-escolas como primeira etapa da educação básica, tirando as creches da responsabilidade das secretarias municipais de Assistência Social, Promoção e Bem-Estar Social e incluindo-as nas políticas educativas oferecidas pelas secretarias de Educação.

Outro aspecto da LDB que significou uma importante mudança no âmbito dos direitos das crianças diz respeito à definição da formação mínima dos profissionais para atuar na educação básica. A lei estabelece que, para atuar na educação infantil, a formação mínima exigida dos profissionais deveria ser

o curso de licenciatura ou o ensino médio modalidade normal, todavia os dados da última sinopse estatística da educação básica divulgada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep, 2015, 2016)<sup>32</sup> revelam que, em 2014, entre as/os docentes que atuavam na educação básica no Brasil, ainda havia um conjunto de 5.766 profissionais que não atendiam às exigências legais de formação e exerciam a docência na educação básica com formação apenas no ensino fundamental. Em 2015 esse número era de 3.137. Ainda que esse número seja pequeno perto do total de docentes da educação básica no Brasil (0,57% tanto em 2015 como em 2016), ele não deve ser ignorado e mostra que nem todas as crianças brasileiras são beneficiadas com os avanços na legislação destacados até aqui.

Outro instrumento legal que deve orientar a oferta da educação como um direito das crianças é o Plano Nacional da Educação (PNE) aprovado em 2014. Esse documento indica diversas metas para a educação e estabelece a necessidade de os municípios também construírem ou atualizarem seus planos. Entre as metas estabelecidas no plano nacional, destacamos as metas 1 e 20 que definem uma significativa ampliação do atendimento em educação infantil (creches e pré-escolas) e o investimento de 10% do produto interno bruto (PIB) para a educação<sup>33</sup>. Duas importantes conquistas dos movimentos de luta pela educação, sobretudo tendo-se em vista que o plano nacional em vigor anteriormente (PNE 2001-2010) nada estabelecia em relação aos investimentos<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Conforme dados disponíveis em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>33</sup> A meta 20 do PNE 2014-2024 prevê a ampliação do “investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio” (Lei nº 13.005/2014).

<sup>34</sup> O texto original do plano (Lei nº 10.172/2001) previa em seu item

Em todos esses documentos citados, a educação é apontada como um direito das crianças que deve ser garantido pelo Estado e pela família, cabendo às famílias a busca de vagas e a matrícula das crianças. Ao Estado, em parceria com as famílias, cumpre zelar pela frequência das crianças à escola e, nos casos de elevadas taxas de absenteísmo, buscar as razões das faltas das crianças e, quando for o caso, atuar no sentido de garantir o direito das crianças à proteção previsto no ECA. Desse modo, a escola, além de se configurar como um espaço de educação, socialização e cultura, pode ainda atuar como um espaço de proteção das crianças e, em alguns casos, como um agente transformador contra a violência.

## **5. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O PAPEL DA FAMÍLIA NA EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS**

Mudanças significativas ocorreram na compreensão da família brasileira e no entendimento da importância do seu papel pelos diversos atores sociais e por ela própria, no decorrer das transformações sociais e políticas pelas quais o país passou, desde a total marginalização de sua influência na vida de seus filhos, quando pertencentes às camadas mais desfavorecidas, até o atual modelo que lhe confere grande importância no desenvolvimento e na proteção de seus filhos, por meio da formulação de políticas públicas voltadas para a garantia do direito das crianças e dos adolescentes ao convívio familiar.

Muitas foram as razões para o investimento feito pelo

---

11.3, subitem 1, a “Elevação, na década, através de esforço conjunto da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, do percentual de gastos públicos em relação ao PIB, aplicados em educação, para atingir o mínimo de 7%. Para tanto, os recursos devem ser ampliados, anualmente, à razão de 0,5% do PIB, nos quatro primeiros anos do Plano e de 0,6% no quinto ano”. No entanto, essa meta foi vetada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso.

Estado nas famílias, nas diferentes épocas vivenciadas pela sociedade brasileira e, associadas a essas épocas, consolidaram-se diferentes concepções de infância e adolescência, haja vista os textos constitucionais que vigoraram ao longo tempo juntamente com as mudanças sociais do país.

As legislações complementares brasileiras voltadas para essa questão têm início com o Código de Menores de 1927, apoiado no fortalecimento do caráter tutelar assumido pelo Estado e na doutrina segundo a qual o juiz de menores centralizava todas as decisões referentes ao destino dos menores infratores, excluindo a família das decisões sobre seus filhos e preocupando-se mais com o recolhimento dos infratores como forma de proteger a sociedade do que se dedicando a resolver a questão. Esse pensamento passou a ser conhecido como doutrina da situação irregular. Já no capítulo I dessa lei, observamos o tratamento indistinto entre crianças abandonadas e infratores, sendo, em ambos os casos, considerados em situação irregular e recolhidos às instituições asilares: “art. 1º: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, vieram a ser o ponto de partida para a doutrina da proteção integral, reconhecendo as crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais, conforme aponta Maia (2010).

Os avanços nas legislações voltadas para a infância e adolescência no Brasil abarcam o ECA, de 1990, embasado na doutrina da proteção integral, o PNCFC, de 2006, que coloca a família como foco prioritário para formulações de políticas públicas e a Lei Nacional de Adoção, de 2009, que estreita o contato das instituições de acolhimento com o Poder Judiciário buscando maior rapidez no retorno das crianças e dos adolescentes acolhidos ao convívio familiar e comunitário.

No cenário internacional, os direitos da criança e do adoles-

cente, no tocante à sua proteção, foram enunciados pela primeira vez em 1924, na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança; esses direitos estavam implícitos também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, na Declaração dos Direitos da Criança, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1959, e, em 1989, na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral da ONU, na qual o Brasil teve presença ativa, como apontado no seguinte excerto:

Em 1989, foi aprovada na assembleia geral da ONU a Convenção sobre os Direitos da Criança. Nessa Convenção, um amplo trabalho foi realizado, com abertura para os Estados-membros à sua subscrição e ratificação. Foi enunciado um conjunto de direitos fundamentais – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – que abrangiam todas as crianças e vinham acompanhados de disposições procedimentais para que esses direitos fossem aplicados. O Brasil, ainda em pleno movimento pós-constituente, assinou a Convenção e ratificou-a (VALENTE, 2013, p. 31).

A compreensão da sociedade sobre questões envolvendo crianças e adolescentes em situação de risco foi, durante séculos, de cunho assistencialista, sendo o acolhimento desses sujeitos visto como a medida mais adequada para sanar situações de desordem social, como a delinquência ou situações que se contrapunham à dignidade humana, como maus-tratos e abandono. Esse pensamento que influenciou, durante longo período, a mentalidade da sociedade conseqüentemente refletiu na formulação de políticas públicas voltadas à assistência de crianças e adolescentes.

A história da assistência social no Brasil para a infância nos mostra a visão da sociedade sobre como a criança e o adolescente infrator ou vítima de maus-tratos e abandono eram tutelados pelo Estado.

Antes de se tornar responsabilidade do Estado, da socie-

dade civil e da comunidade, o gerenciamento das instituições de acolhimento, onde os menores infratores eram recolhidos, ficava a cargo exclusivo das igrejas com suas rodas de expostos, passando depois de certo tempo para organizações filantrópicas, responsáveis pela manutenção de internatos e creches em todo o Brasil. Ainda que no início do século XX, com a Constituição brasileira de 1934, fosse possível identificar um embrião do reconhecimento da criança como sujeito de direito, somente no final do século XX é que as crianças e os adolescentes passam a ser considerados sujeitos de direitos individualizados (ORIONTE; SOUSA, 2005) e o Estado passou a ser cobrado pela oferta de condições para garantia desses direitos.

Muitos setores da sociedade se debruçaram sobre essa questão, e muitas mudanças sociais foram necessárias para que as crianças e os adolescentes fossem vistos como sujeitos de direitos:

O olhar multidisciplinar e intersetorial iluminaram a complexidade e multiplicidade dos vínculos familiares. O coroamento destas mudanças aconteceu com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993 e com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, provocando rupturas em relação às concepções e práticas assistencialistas e institucionalizantes (BRASIL, 2006).

A partir da implementação do ECA, novas perspectivas de direito contemplaram as crianças e os adolescentes enquanto “seres em desenvolvimento”. Os laços familiares passaram a ser considerados aspectos fundamentais para sua constituição rompendo com a cultura existente de que algumas famílias, sempre de classe social baixa, eram vistas como insuficientes e incompetentes para cuidar de seus filhos sendo por vezes obrigadas a deixá-los em alguma instituição, aos cuidados do Estado.

Hoje, o ordenamento legal coloca a família no centro das

prioridades das políticas públicas, o que foi efetivado na elaboração e aprovação, pelo governo brasileiro, do PNCFC. Esse plano estabelece que, na impossibilidade de a família poder suprir as necessidades de seus filhos no âmbito protetivo, as instituições de acolhimento devem cumprir esse papel, apenas em caráter provisório e excepcional. A alteração do antigo pensamento que, à luz do direito, ampliou a compreensão geral sobre essa questão veio mostrar que a solução do acolhimento de crianças e adolescentes e o afastamento deles do núcleo familiar não resolviam o problema das situações de maus-tratos, abandono ou delinquência, além de ferirem o direito à convivência familiar e comunitária tida como essencial ao desenvolvimento humano.

A atenção a esse assunto então se volta, a partir da nova luz colocada pelo ECA, para a valorização das famílias para que estejam aptas a desenvolver seu papel protetor, a partir do ponto de vista da doutrina da proteção integral, e não mais da doutrina da situação irregular.

Vários projetos desenvolvem-se no sentido do investimento na promoção das famílias das crianças e dos adolescentes em situação de risco social e pessoal, para que tenham condições de cuidar de seus filhos.

Nessa direção, políticas públicas são formuladas com base nesse novo olhar voltado para a preservação dos vínculos familiares, colocando a institucionalização como solução extrema. Assim se instala um novo paradigma sobre situação de risco no ECA, que coloca o abrigo como medida excepcional e provisória, a ser utilizada como forma de proteção quando não se encontrarem alternativas de colocação em famílias que possuam algum grau de parentesco ou vínculo afetivo com a criança ou o adolescente, cujos direitos encontram-se violados.

O artigo 101 do ECA coloca o acolhimento institucional e o acolhimento familiar como “medidas provisórias excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade” (BRASIL, 2009a).

No mesmo sentido, o PNCFC considera a família como alicerce vital para o desenvolvimento físico e emocional da criança e do adolescente, e fundamental para seu processo de socialização. O PNCFC vem aprofundar as discussões sobre a necessária mudança do paradigma assistencialista para o paradigma do direito e coloca a família como centro de referência no tocante ao desenvolvimento de seus filhos e à garantia de sua convivência familiar e comunitária:

Trata-se da mudança do olhar e do fazer, não apenas das políticas públicas focalizadas na infância, na adolescência e na juventude, mas extensivos aos demais atores sociais do chamado Sistema de Garantia de Direitos, implicando a capacidade de ver essas crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e de maneira indissociável do seu contexto sócio familiar e comunitário (BRASIL, 2006).

Quando os vínculos familiares e comunitários se rompem pelos mais variados fatores internos e externos, o Estado torna-se o responsável legal pela criança ou pelo adolescente, devendo colocá-los em instituição de acolhimento, de forma a garantir a proteção deles, até que seja decidida a situação. Atualmente estão ganhando força os serviços de acolhimento em famílias acolhedoras, que, diferentemente das instituições de acolhimento, realizam um trabalho psicossocial em seus lares, durante o período em que as crianças e os adolescentes estão impossibilitados de retornar à família de origem por determinação judicial.

O Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora é aquele que organiza o acolhimento de crianças e adolescentes afastados da família por medida de proteção, em residências de famílias acolhedoras cadastradas. É previsto até que seja possível o retorno à família de origem ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para adoção. O serviço é o responsável por selecionar, capacitar, cadastrar e acompanhar as famílias acolhedoras, bem

como realizar o acompanhamento da criança e/ou adolescente acolhido e sua família de origem (BRASIL, 2009b, p. 1).

A Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, Lei Nacional de Adoção, traz várias alterações ao ECA, visando ao seu aperfeiçoamento. O aspecto da convivência familiar e comunitária é reforçado pelas orientações estabelecidas em três incisos do artigo 19 do ECA, que, de acordo com a alteração proposta pela lei em questão, passaram a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º. Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses [...].

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse [...].

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra ação [...] (BRASIL, 2009a).

Conforme se observa, a família, como instituição, tem sido cada vez mais valorizada no que diz respeito ao cuidado, à educação e à proteção das crianças, sendo anunciada como central para o desenvolvimento físico e emocional da criança e do adolescente. Mesmo em situações em que as crianças e os jovens sejam impossibilitados do convívio com suas famílias, há, portanto, um conjunto de mecanismos para garantir que uma outra família possa recebê-los e se responsabilizar pelo seu zelo.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o exposto, é possível apontar que as ideias de “criança” e “infância” hoje estão atreladas a uma política que entende as crianças como sujeitos de direitos, sendo a escola e

a família dispositivos importantes de configuração da infância, bem como instituições privilegiadas capazes de atuar mais diretamente para garantir o cuidado e a proteção das crianças e dos jovens.

No que tange à educação dessa população, as famílias devem buscar as instituições escolares (educação infantil e ensinos fundamental e médio) com as quais devem compartilhar a educação das crianças, tal como preconiza a LDB, segundo a qual, já nos seus primeiros artigos,

[...] a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (BRASIL, 1996, artigo 1º)

e que ela se configura como um “dever da família e do Estado”, visando ao “pleno desenvolvimento do educando, [ao] seu preparo para o exercício da cidadania e [à] sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996, artigo 2º).

Fica claro, ao longo deste capítulo, como a percepção da criança como “menor” (infrator, delinquente, ameaça) foi aos poucos sendo substituída por uma imagem de criança como sujeito de direitos, e, hoje, a criança é compreendida não apenas como sujeito de direitos, mas também como produtora de cultura:

A criança, centro do planejamento curricular, é sujeito histórico e de direitos que, nas interações, relações e práticas cotidianas que vivencia, constrói sua identidade pessoal e coletiva, brinca, imagina, fantasia, deseja, aprende, observa, experimenta, narra, questiona e constrói sentidos sobre a natureza e a sociedade, produzindo cultura (BRASIL, 2009c).

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOWICZ, A. et al. *Trabalhando a diferença na educação infantil*. São Paulo: Moderna, 2006.
- AGAMBEM, G. O que é um dispositivo? *Outra Travessia*, v. 5, p. 9-16, 2005.
- ALMEIDA, C. M. de. *Quinto livro das Ordenações*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.
- ARIÈS, P. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- ASSIS, A. E. S. Q. *Direito à educação e diálogo entre poderes*. 2012. Tese (Doutorado em Educação)–Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº1, de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Estabelece o Plano Nacional de Educação 2001-2010 e dá outras providências. Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009. Nova Lei Nacional de Adoção. Brasília, 2009a.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Brasília, 2009b.

\_\_\_\_\_. Resolução CNE/CEB nº 5, de 17 de dezembro de 2009 – Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil, 2009c.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº 1/92 a 64/2010 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010a. 104 p.

\_\_\_\_\_. Conferência Nacional da Educação – documento final. Brasília, 2010b. Disponível em: <[http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento\\_final\\_sl.pdf](http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento_final_sl.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Estabelece o Plano Nacional de Educação 2014-2024 e dá outras providências. Brasília, 2014.

CROMBERG, R. U. *Cena incestuosa: abuso e violência sexual*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

CURY, C. R. J. Estado e políticas de financiamento em educação. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 831-855, out. 2007.

DELEUZE, G. Que és un dispositivo? In BALIBAR E. et al. *Michel Foucault, filósofo*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 155-163.

DIDONET, V. Creche: a que veio... para onde vai. Educação infantil: a creche, um bom começo. *Em Aberto*, v. 18, n. 73, p. 11-28, 2001.

FERREIRA, E. B. *Crianças infames: fragmentos de vidas no Arquivo Público e Histórico de Ribeirão Preto*. 2014. 182. Dissertação (Mestrado em Educação)–Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 2011.

GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Básica. Brasília, INEP, 2016. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basi-ca-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

KISHIMOTO, T. M. A pré-escola na república. *Pro-Posições*, Campinas, v. 1, n. 3 p. 55-65, 1990.

KRAFFT-EBING, R. Von. *Psychopathia sexualis*. New York: Rebman Company, 1886.

KUHLMANN JR., M. Instituições pré-escolares assistencialistas no Brasil (1899-1922). *Cadernos de Pesquisa*, n. 78, p. 17-26, 2013.

KUHLMANN JR., M.; ROCHA, J. F. T. da. Educação no asilo dos expostos da Santa Casa em São Paulo: 1896-1950. *Cadernos de Pesquisa*, v. 36, n. 129, p. 597-617, 2006.

MAIA, C. Proteção e direitos da criança e do adolescente. *Boletim de Notícias ConJur*, 8 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protECAo-integral-direitos-crianca-adolescente>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

MARCILIO, M. L. A roda dos expostos e a criança abandonada na

História do Brasil. 1726-1950. In: FREITAS, M. (Org.). *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 53-79.

\_\_\_\_\_. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MORUZZI, A.; TEBET, G. G. de C. Instituições. In: ABRAMOWICZ, A.; MORUZZI, A. (Org.). *O plural da infância: aportes da sociologia*. São Carlos: EdUFSCar, 2010. p. 21-38. (Coleção UAB-UFSCar).

MOTT, L. Cupido na sala de aula: pedofilia e pederastia no Brasil antigo. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 69, p. 32-39, maio 1989.

OLIVEIRA, F. de. *A criança e a infância nos documentos da ONU: a produção da criança como “portadora de direitos” e a infância como “capital humano do futuro”*. 2008. Tese (Doutorado em Educação)–Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2008.

ORIONTE, I.; SOUSA, S. M. G. O significado do abandono para crianças institucionalizadas. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, 2005.

PASSETTI, E. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, M. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999. p. 346-375.

PAULA PESSOA, V. A. de. *Código Criminal do Imperio do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

PROUT, A. Reconsiderando a nova sociologia da infância. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 729-750, set./dez. 2010.

RAMOS, F. P. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, M. (Org.). *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

SAVIANI, D. História da história da educação no Brasil: um balanço prévio e necessário. In: COLÓQUIO DE PESQUISA SOBRE INSTITUIÇÕES ESCOLARES, 5., 2008, São Paulo. São Paulo: Uninove, 2008. Disponível em: <[http://www.uninove.br/PDFs/Mestrados/Educa%C3%A7%C3%A3o/Anais\\_V\\_coloquio/Conferencia%20Dermeval%20SAVIANI.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Mestrados/Educa%C3%A7%C3%A3o/Anais_V_coloquio/Conferencia%20Dermeval%20SAVIANI.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2015.

SOARES, O. de M. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

SOUZA, J. R. de. *Analyse e commentario da Constituição Política no Imperio do Brasil*. São Luiz: B. de Mattos Typ., 1867. t. II.

TABORDA, J. G. U.; ABDALLA-FILHO, E.; CHALUB, M. *Psiquiatria forense*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

TEBET, G. G. de C.; ABRAMOWICZ, A. Creches, educação infantil e políticas públicas municipais: um olhar sobre a cidade de São Carlos-Brasil. *Políticas Educativas*, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/Poled/article/view/22720>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

TELES, M. A. de. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Tudo é história, n. 159).

UNICEF BRASIL. Legislação, normativas, documentos e declarações. 2007. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/decl\\_dir.htm](http://www.unicef.org/brazil/decl_dir.htm)>. Acesso em: 18 set. 2015.

VALENTE, J. *Família acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento*. São Paulo: Paulus, 2013.

VEDOVATO, L. R. *Ingresso do estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do direito internacional público*. 2012. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

**ECA COMO UMA REDE  
PRINCIPIOLÓGICA: A INTERPRETAÇÃO  
CONSTRUTIVA DOS DIREITOS DA  
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, E A  
COMPREENSÃO TELEOLÓGICA DA LEI  
MENINO BERNARDO**

*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci*<sup>1</sup>

*Andrea Boari Caraciola*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Pós-doutoranda em Direitos Humanos do Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, na Argentina, pós-doutoranda em Estudos dos Direitos da Criança e do Adolescente na América Latina da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (PUC-SP-Rede Clacso), doutora e mestra pela PUC-SP, especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas e em Estudos de Problemas Brasileiros pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), e graduada em Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero e em Direito pela UPM. Professora das Faculdades de Direito da UPM e da Universidade São Judas Tadeu. Participante do grupo de pesquisa “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos” e coordenadora do “Grupo de Estudos de Direitos da Criança e do Adolescente no Século XXI”, ambos da Faculdade de Direito da UPM.

<sup>2</sup> Pós-doutoranda em Direitos Humanos e Democracia da Universidade de Coimbra, Portugal, pós-doutoranda em Estudos dos Direitos da Criança e do Adolescente na América Latina da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (PUC-SP-Rede Clacso), doutora em Direito Processual Civil pela PUC-SP e mestra em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora adjunta de Direito Processual Civil da UPM, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e

“Onde houver uma árvore para plantar, planta-a tu. Onde houver um erro para emendar, emenda-o tu. Onde houver um esforço de que todos fogem, fá-lo tu. Sê tu aquele que afasta as pedras do caminho” (GABRIELA MISTRAL).

## 1. INTRODUÇÃO

Crianças, adolescentes e princípios guardam similitudes. Princípios são as origens. Crianças e adolescentes também. Princípios são os alicerces. Crianças e adolescentes também.

O princípio é um vocábulo dotado de inúmeras significações, mas, entre elas, está presente a ideia de origem, começo, base ou fundamento. O vocábulo derivado do latim *principium* tem sua conotação ligada à terminologia própria da ciência geométrica, designando as verdades primeiras (BONAVIDES, 1998, p. 228). A analogia com os conceitos de crianças e adolescentes é inevitável.

Da mais alta relevância, os princípios hodiernamente possuem *status* diferenciado e galgam a categoria de normas indispensáveis para a arquitetura do sistema jurídico, balizando-o e alicerçando-o. Como não dizer o mesmo dos conceitos de crianças e adolescentes no *status* contemporâneo de sujeitos de direitos?

Essa interligação se faz notória e presente, e eis a razão pela qual o legislador optou por fazer do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) uma rede principiológica, compreendidos os princípios nessa legislação não como meros enunciados, mas sim diretrizes para a conformação de todo o sistema. Dessa feita, seguindo os ditames constitucionais, o ECA consolida, como estatuto, os matizes que delineiam os sujeitos de direitos,

---

do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro), e advogada.

crianças e adolescentes, reiterando em seu texto os princípios de prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse, sujeito de direito em desenvolvimento em toda a sua plenitude, eivada de dignidade, respeito, liberdade e não discriminação, tendo por raiz estruturante tratados internacionais e a Constituição de 1988, e o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

A tese central e objeto do ECA, qual seja, o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e sua proteção integral, encontra terreno fértil na necessidade de fortalecimento de políticas públicas e regulamentações legais protetivas e ratificadoras dos objetivos e fundamentos do estatuto.

A Carta de 1988 e o ECA, em exata adstrição à Declaração Universal dos Direitos da Criança e à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, imprimem, no ordenamento jurídico brasileiro, o resultado de longa e severa batalha dos movimentos sociais em prol do reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A fonte mais importante da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, no direito brasileiro, é, sem dúvida, o artigo 277 da Carta Constitucional que expressamente prevê ser

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destaca-se que a necessidade de proteção especial se justifica em virtude da “falta de maturidade física e mental”, consoante a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Assim, além dos direitos fundamentais comuns a toda pessoa humana, podemos identificar alguns especiais relativos à criança e ao adolescente, direitos albergados sob o manto principiológico e a doutrina do

que se convencionou chamar “doutrina da proteção integral”.

É sob essa perspectiva principiológica que objetivamos ter metodológica e cientificamente o presente ensaio, que versa sobre a necessidade de interpretação construtiva dos direitos da criança e do adolescente.

## 2. A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO SISTÊMICA DO ECA

Não se há de olvidar que a compreensão de qualquer ciência, incluindo-se aqui a ciência do direito, impõe ao exegeta o seu estudo a partir de seus princípios informadores, princípios que, relativos ao ECA, estão albergados em sede constitucional, a evidenciar a importância do tema em questão.

Certo é que o tema versado no presente trabalho impõe, para a sua melhor compreensão, uma análise preliminar, ainda que breve, acerca dos conceitos de sistema e princípio, objetivando, assim, pela delimitação conceitual, dogmatizar os vetores informativos do ECA na categoria de princípios!

Derivado do grego *systema*, o vocábulo nos remete à ideia de reunião, método, forma a abarcar o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, com o objetivo de tecer uma unidade na realização de um fim (CARACIOLA, 2010, p. 108), ou seja: “um conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios” (ABBAGNANO, 2003, p. 908), contribuindo, em muito, para o desenvolvimento da noção sobre um determinado objeto de análise, uma vez que permite que o objeto de estudo seja montado, desmontado e remontado, funcionando perfeitamente, desde que observadas as relações estruturais.

Cumpre-nos registrar que, consoante o desenvolvimento e a evolução históricos, Kant elaborou uma visão de sistema com base na natureza arquitetônica da razão, destacando a unidade orgânica e central do sistema, e distinguindo-o de

mera agregação. Nessa medida, afirmou ser o sistema um todo organizado e articulado finalisticamente. Subordinou a noção de sistema a uma condição: a unidade do princípio. Afirmou assim a chamada unidade sistemática do conhecimento e o sistema como a unidade de múltiplos conhecimentos, reunidos sob uma única ideia. Podemos perceber historicamente o afastamento do modelo mecânico de sistema e a adoção do modelo orgânico, modelo este último que pressupõe uma força central a impossibilitar sua decomposição, uma vez que sua composição seria feita por relações indissociáveis (CARACIOLA, 2010, p. 110).

As formas de pensamento sistemático e seu encadeamento sucessivo pelo mundo ocidental em muito ultrapassam o objeto de nosso propósito, de modo que, transportada a questão para a modernidade, podemos afirmar que sistema significa aquilo que é construído, destacada a articulação, o nexos das partes para com o todo, sendo a sua estrutura o que lhe confere coesão.

Dessa forma, por sistema podemos captar a noção de um conjunto de objetos e seus atributos, nas relações entre eles estabelecidas, conforme certas regras, sendo certo que a interação entre tais elementos lhes confere sentido de coesão, indispensável para a sua harmonia (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 140).

Transportadas tais noções para a ciência do direito, flagrante a constatação de que este não se confunde com sistema jurídico, mas corresponde, sim, a uma realidade que pode ser estudada de maneira sistemática, sendo esta uma das tarefas que se impõe ao estudioso, numa operação que consiste em estabelecer um nexos lógico entre as normas, conferindo-lhes, a partir de um esquema mental, unidade de sentido e projeção normativa (CARACIOLA, 2010, p. 110).

Ocorre que, em caracterizando-se por ser aberto, incompleto e estando em constante movimento, o sistema jurídico se revela como uma realidade complexa, contendo, a par de uma dimensão normativa, uma dimensão fática e outra axiológica, a revelar, assim, uma contínua e dinâmica inter-relação entre os

elementos fato, valor e norma, os quais são captados na tridimensionalidade de Miguel Reale (1996, p. 64-68).

Nessa medida, destacamos o livro *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy (2001), em que o autor rompe com a teoria tradicional positivista, segundo a qual, em não havendo para o caso concreto apresentado uma resposta a ser retirada do próprio sistema normativo, ao arbítrio ou à discricionariedade do magistrado caberia a solução do conflito, desprezada que era a possibilidade de aplicação dos princípios de direito.

### 3. PRINCÍPIO JURÍDICO: UMA DEFINIÇÃO NECESSÁRIA

Em que pese a polissemia que envolve o vocábulo princípio, de origem latina, *principium*, é interessante registrar que o termo remonta à ciência geométrica, designando as verdades primeiras (BONAVIDES, 1998, p. 228).

Cumprindo inicialmente destacar a difícil tarefa consistente na delimitação conceitual do vocábulo princípio, porquanto categoria analítica e abstrata que é, não comporta percepção sensorial, caracterizando-se, assim, como uma expressão indeterminada, fato que, somado à flagrante polissemia que envolve o termo, nos remete a uma realidade tormentosa (CARACIOLA, 2010, p. 110).

Na concepção de Reale (1998, p. 60), os princípios são considerados verdades ou juízos fundamentais que objetivam alicerçar e garantir um sistema de conceitos aplicáveis a uma dada porção da realidade, dotados de força interpretativa, na medida em que agasalham valores dotados de significação e relevância jurídica (BASTOS, 1997, p. 134).

Dotados, pois, de conteúdo normativo, direcionam a atuação do Poder Judiciário de sorte a impor às decisões judiciais

sua observância<sup>3</sup>. Consoante José Renato Nalini (1997, p. 41), os princípios

[...] não constituem abstrações desprovidas de concreção. Exercem uma função ordenadora, apta a indicar rumo nos momentos de instabilidade. Mostram-se intocáveis quando da exegese de textos básicos, nos períodos de normalidade constitucional. São sempre atuais, mas também direcionados ao povo.

### **3.1 Princípios e regras de um sistema: distinções possíveis?**

No estudo do tema adstrito aos princípios de um sistema, é importante destacar a evolução na distinção para com as regras. Iniciamos nossa exposição a partir de Josef Esser (1961, p. 169-171) que, em 1956, ao enunciar a definição de princípio e distingui-lo da regra, apontou como critério elemento para a distinção o grau de abstração e generalidade da prescrição normativa. Os princípios são dirigidos a um número indeterminado de pessoas e circunstâncias, enquanto as regras, menos genéricas, estariam direcionadas a elementos de concretude de certas condutas, mas também advertiu para a qualidade do comando veiculado.

Assim é que os princípios não estariam diretamente a veicular ordens, mas sim fundamentos, critérios para justificação de uma ordem (ÁVILA, 2001, p. 6).

Ronald Dworkin (1999, p. 77-78), em sua teoria dos princípios, abordou a questão asseverando a existência de uma estrutura lógica, pautada em critérios de classificação, a diferenciar os princípios das regras.

---

<sup>3</sup> É importante sublinhar que o sistema jurídico pátrio, tal como os de origem romanística, considera os princípios fonte do direito, consoante expressa disposição legal contida nos seguintes diplomas: artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Licc), artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e artigo 126 do Código de Processo Civil (CPC).

Destacamos, ainda, a contribuição de Alexy (2001, p. 86-87) que afirmou a força normativa inerente aos princípios, rompendo, pois, com o entendimento que relegava os princípios a um segundo plano. Alexy (2001, p. 86-87) também decodificou critérios da generalidade e da qualidade como os distintivos entre regras e princípios. Não obstante, afirmou serem os princípios deveres ou mandados de otimização, aplicáveis conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, observada a aplicação da lei da ponderação diante da oposição entre princípios (CARACIOLA, 2010, p. 110).

As normas exigem cumprimento pleno e, em sendo válidas, são obrigatórias: podem ser cumpridas ou descumpridas, mas são obrigatórias (CARACIOLA, 2010, p. 86-87). E, em caso de conflito, a solução se impõe ou pela introdução de uma exceção à regra, exceção esta que deve ser apta a excluir o conflito, ou pela invalidação de uma das regras em questão<sup>4</sup>. Diverso é o tratamento conferido ao conflito entre princípios: diante da colisão se conduz à opção por um deles, observados critérios de proporcionalidade segundo os valores consagrados na ordem jurídica, sem que esse procedimento implique a invalidação e consequente eliminação do princípio de menor peso relativo.

Abordagem contundente sobre o tema também é desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 1086): o doutrinador português aponta alguns critérios distintivos. Os princípios caracterizam-se como normas jurídicas impositivas que veiculam máximas de otimização e, ao não observarem a lógica do tudo ou nada, permitem o balanceamento de valores e interesses conforme o seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes, de sorte que não se excluem, mas, sim,

---

<sup>4</sup> “La distinción entre reglas y principios se muestra clarísima en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma como se soluciona el conflicto” (ALEXY, 2001, p. 86-87).

coexistem.

Willis Santiago Guerra Filho (2000) enfatiza que as regras possuem uma estrutura lógica dotada de tipificação com a descrição de um fato, correlacionado a uma prescrição e uma sanção. Por seu turno, os princípios são da mesma forma dotados de validade positiva presentes na Constituição, mas não traduzem um fato específico que possa ser precisado com facilidade atribuindo-se a consequência jurídica que dali decorre. Compreendem-se como indicadores demonstrando a opção, a escolha e o valor escolhidos diante de várias opções diante do caso concreto (GUERRA FILHO, 2000, p. 17).

Impõe-se considerar que a teoria lançada por Humberto Ávila (2001, p. 6, grifo do autor) merece acolhida na medida em que destaca a *finalidade* como uma das características mais importantes dos princípios, definidos, nesse sentido, como normas “*imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta*”, normas estas de fundamental importância na interpretação e aplicação do direito.

Por uma visão mais contemporânea do *status* galgado pelos princípios, entendemos não ser possível considerar o sistema jurídico como tão somente as normas elaboradas pelo legislador, mas também formado pela integração de regras e princípios, superando-se a visão da escola positivista que conduz ao entendimento da subsidiariedade no uso dos princípios apenas no sentido de preenchimento de lacunas (ANDREUCCI, 2010, p. 76).

Buscando fornecer subsídios para diferenciar princípios e regras, Robert Alexy (2001) debruçou-se na análise da resolução dos conflitos e das formas de solução quando envolvidos princípios e regras. Considerou, assim, como uma das bases de sua teoria o estudo dos conflitos, apresentando como conclusão que o embate entre regras pode ser solucionado partindo de duas possíveis formas de resolução: por meio da instituição de uma cláusula de exceção ou pela via da invalidação de uma das normas (ANDREUCCI, 2010, p. 78).

Em se tratando de princípios, os conflitos não se resolveriam como base no binômio tudo ou nada anteriormente relatado como atributo próprio das regras jurídicas, mas de modo diverso exigiria do intérprete uma valoração, sopesando e ponderando os princípios colidentes a partir dos valores e do peso manifestado no caso em concreto. Assim, diante do caso concreto e de seu desenho específico, os princípios se apresentariam em diferentes graus de concretização, interligados e interdependentes dos delineamentos próprios da situação apresentada, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas *in casu*. Levantadas todas as possibilidades, enfeixam-se de maneira a fornecer ao intérprete a melhor forma de resolver. Os princípios são normas que impõem a realização de algo da melhor maneira possível, combinando-se, assim, as possibilidades fáticas e jurídicas no caso concreto. A partir de critérios de ordem qualitativa, os princípios seriam mandados de otimização. Não haveria hierarquização de princípios, mas sopesamento diante da melhor forma para solucionar aquele caso concreto. Havendo colidência de dois princípios, o de maior peso no caso concreto será aplicado sem que seja invalidado o princípio de menor peso (ANDREUCCI, 2010, p. 79).

Verifica-se, a partir deste momento, a abertura para uma atividade racionalmente executada e fundamentada pelo intérprete por meio do processo de ponderação (ANDREUCCI, 2010, p. 79). Inaugura-se assim uma nova fase para a resolução dos conflitos entre princípios partindo da ponderação, por meio do estabelecimento de um princípio indispensável e norteador, qual seja, o princípio da proporcionalidade (ANDREUCCI, 2010, p. 79).

Considerados espécie de normas ao lado das regras, apresentam-se no ordenamento constitucional sob o mesmo peso hierárquico, já que a sua colisão somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a irradiação de efeitos do outro, momento em que o intérprete deveria aplicar a ponderação em busca da otimização, entra em cena, neste momento a

necessidade de se balizar a ponderação por meio de um princípio indispensável para a teoria em comento, qual seja, o princípio da proporcionalidade. É indispensável declarar que, diferentemente das regras, em havendo colidência de princípios, o acatamento de um não implica desrespeito ao outro, mas sim no caso concreto há uma dimensão de peso (ANDREUCCI, 2010, p. 79).

#### 4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

Cumpre-nos explorar, no que diz respeito à dogmatização, o enquadramento dos vetores informativos do ECA como princípios informativos desse sistema jurídico, e não apenas como regras técnicas de procedimento, uma vez que exteriorizam pressupostos políticos de um ordenamento e podem variar conforme interesses e razões políticas.

Nesse contexto, asseveramos que os princípios não se confundem com regras técnicas, na medida em que se constituem em mandamentos nucleares que, ao alicerçarem um sistema, veiculam disposições fundamentais a definir a lógica e a racionalidade desse mesmo sistema, conferindo-lhe, dessa forma, sentido harmônico (MELLO, 1980, p. 230).

No que toca ao ECA, os princípios estabelecem e veiculam imperativos, comandos que norteiam a atuação inclusive em juízo, de sorte que, por isso, podem ser apresentados como garantias jurídicas e processuais – *direitos fundamentais que devem estar presentes para que se possa assegurar o devido processo legal* – na medida em que venham exteriorizar fundamentos objetivos e subjetivos na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Impõe-se, notadamente, o princípio nuclear do ECA, relativo à doutrina da proteção integral, um enquadramento principiológico no sistema jurídico na medida em que se constitui em elemento de interpretação desse mesmo sistema, de modo a apontar para o ideal social e jurídico.

As disposições constitucionais sobre a criança e o adolescente acompanham as previsões da Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1959, nos seguintes termos: “a criança, em virtude de falta de sua maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento”. Ainda, a Convenção dos Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1989, obrigando os países signatários a adotar em sua legislação interna seus três princípios básicos: proteção especial como ser em desenvolvimento; o desenvolvimento da criança no seio de sua família; a prioridade da criança para todas as nações signatárias, a proteção integral é a razão fundante dessa convenção.

O artigo 227, *caput*, e o § 1º da Magna Carta trazem a obrigatoriedade da intervenção estatal em relação à criança e ao adolescente. Dessa forma, não é apenas o Estado que tem o dever de atuação, mas também toda a sociedade. Surge, assim, o “dever de cooperação da sociedade”, bem como da família, com o Estado, para assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente (SMANIO, 2010, p. 63).

O princípio da prioridade absoluta encontra-se disposto constitucionalmente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, bem como se estabelece nos artigos 4º e 100, parágrafo único, II, da Lei nº 8.069/90. A garantia da prioridade consiste em receber, primeiramente, proteção e socorro, em quaisquer circunstâncias; atendimento preferencial nos serviços públicos e de relevância pública; prioridade na formulação e execução de políticas sociais públicas; destinação preferencial de recursos públicos nas áreas de atendimento à infância e à adolescência. Estabelece assim que há a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, quer seja judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o que significa que o interesse infantojuvenil deve preponderar. É um princípio que não está aberto a indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi feita

pelo legislador constituinte, em nome da nação. À primeira vista, pode parecer injusto, mas se trata aqui de interesses a se ponderar.

Ainda que todos os cidadãos sejam iguais, sem desmerecer adultos e idosos, quais são aqueles cuja tutela de interesses mostra-se mais relevante para o progresso da nossa Nação? Se pensarmos que o Brasil é “o país do futuro” – frase de efeito ouvida desde a década de 1970 – e que este depende de nossas crianças e jovens, torna-se razoável e acertada a opção do legislador constituinte (AMIN, 2013, p. 61).

Estabeleceu também o ECA o princípio da solidariedade entre família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são corresponsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

## **5. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS E A LEI MENINO BERNARDO: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E UMA EDUCAÇÃO DIALÓGICA**

Com a edição do estatuto, passa-se a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direito e não como objetos. Poderão, pois, exercer livremente os direitos humanos reconhecidos internamente que, positivados, passam a ostentar o *status* de fundamentais. Tal conclusão encontra guarida no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, que determina ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, *idade* e quaisquer outras formas de discriminação (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 93).

Acompanhando esse novo contexto há que se registrar a importância da interpretação para o direito. Cabe ao intérprete o papel de mediador entre o texto frio da lei e o caso concreto

no qual haverá a aplicabilidade do dispositivo. Portanto, o ato interpretativo do profissional do direito não se resume a uma simples leitura, pelo contrário, requer muito mais inteligência e um papel criador da norma jurídica ao contexto social no qual está inserida.

Como já dito anteriormente, o processo sistemático parte da noção de conjunto. Assim, o direito é um todo e como tal deve ser contemplado. As normas interagem e se ligam de maneira sistêmica. Resta incontestado que, para se apreender o real e verdadeiro alcance do dispositivo normativo, faz-se necessária a sua análise por meio de um processo de raciocínio no qual as normas dialoguem entre si e formem um todo resguardado pela unidade, pela harmonia e pela coerência (ANDREUCCI, 2005, p. 121).

Para a compreensão da norma, indispensável se faz sua análise histórica que pressupõe a verificação de seus antecedentes evolutivos e suas fontes motivadoras para sua efetiva criação. As proposituras legiferantes, os debates legislativos, as discussões, os aditivos, discussões, votações, bem como todos os estudos preparatórios apresentados pelos *expertises* ao tema, são objeto da mais alta valia para o hermenauta. Nesse momento, as digressões são absolutamente necessárias para a compreensão do porquê e das razões para tal oferta legislativa. O ser e o vir a ser entrelaçam-se e se mostram como discursos argumentativos para a compreensão do fato social a ser regulado.

Finalmente, e que nos interessa sobremaneira no presente ensaio, é a ocorrência do processo interpretativo de natureza sociológica ou teleológica. Tal processo pressupõe a finalidade, o objetivo, a intenção. Por esse expediente hermenêutico, cabe ao intérprete o papel de alinhar os fatos sociais às exigências do bem comum e aos fins sociais. Deverá coadunar a norma aos novos tempos, aos novos reclamos, às novas realidades sociais. Há uma participação proativa do hermenauta nesse momento, na medida em que se dá um verdadeiro ato de criação, ou seja, uma verdadeira interpretação construtiva.

Na interpretação construtiva, há uma busca constante para a apreensão dos valores<sup>5</sup> propugnados como a *ultima ratio* da lei, afinados que devem estar com os anseios sociais e as exigências do bem comum.

Carlos Maximiliano (2000, p. 152) destaca a importância que deve ser dada ao elemento teleológico:

O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram. Fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado e eficaz.

E essa é a perspectiva adotada pelo ECA, batizado técnica, filosófica e valorativamente de doutrina da proteção integral da criança, cabendo citar:

Dentro dessa perspectiva, a alteridade ora identificada, consistente em aferir, de maneira concreta, o *interesse* da criança e do adolescente, aliado à *proteção integral*, qualifica a atividade que o intérprete deverá realizar para buscar o verdadeiro sentido e alcance das normas do ECA.

O interesse maior da criança e do adolescente, portanto, consiste em princípio fundante das normas do ECA, já que pretende aferir não um interesse qualquer – mas o maior.

E por *maior* não se imagina o tamanho ou extensão, mas em qualidade. O maior interesse, portanto, deve representar o ápice de uma investigação de maneira a aferir o que realmente

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, ver Reale (1996, p. 292): “o fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes, com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é próprio de qualquer estrutura social”.

será significativo, agregador e qualificativo para a criança e adolescente.

Não se olvide, contudo, que as normas jurídicas sejam de natureza *dispositiva*, permitindo-se à criança e ao adolescente a discricionariedade de sua aplicação. Nada disso.

A premissa é outra. É preciso não se afastar da ideia de que o ECA enfeixa uma *proteção integral* e essa operacionalidade somente atingirá a sua finalidade toda vez que, sendo possível, haja participação dos protagonistas que se busca proteger, aferindo, concretamente, qual o melhor interesse de maneira a se efetivar-lhe, de modo favorável, a defesa de seus direitos e interesses (CAMILLO, 2010, p. 45).

O ECA também traça, em seus artigos 5º e 6º, as diretrizes hermenêuticas para sua interpretação e aplicação, destacando a necessidade de punição a qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais da criança e do adolescente; a determinação de que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de violência, negligência, exploração, discriminação, crueldade e opressão, e que, na interpretação da lei, serão considerados os *fins sociais* a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, acompanhando a sistemática propugnada pelo ECA, procurando demonstrar que a violência contra a criança e o adolescente é fato recorrente, em especial, no âmbito familiar, deu-se a aprovação da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de disciplinar a não aplicação de castigos físicos e outras formas de violência a crianças e adolescentes. A norma foi batizada popularmente como Lei da Palmada. Concebe-se como a *ultima ratio*, a razão maior do legislador, a aplicação teleológica que deverá guiar os intérpretes, de que o tratamento cruel e os castigos verbais, físicos ou vexatórios não se constituem como formas possíveis de educação a serviço das famílias e de seus responsáveis.

A Lei nº 13.010/2014 altera o ECA na medida em que estabelece o direito de crianças e adolescentes serem educados e cuidados sem castigos físicos ou tratamento cruel degradante, também altera a Lei nº 9.394/96, na intenção de que sejam ensinados, nos estabelecimentos de ensino, conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente, incluídos como temas transversais<sup>6</sup>. Nesse sentido, a lei discorre sobre o veto a posturas dos adultos que caracterizem violência física ou tratamento humilhante para com os menores, com a finalidade de discipliná-los ou reprimir o comportamento considerado inadequado (MOURA; SANTIAGO, 2015).

Entre as críticas encontradas, enfileiram-se argumentos apontados por especialistas ao salientarem que a Lei Menino Bernardo não oferece grandes contribuições por se tratar de uma normatização que já estava especificada no ECA, nos artigos 5º, 13, 17 e 18, ao disciplinar que é direito da criança e do adolescente a proteção, livre de tratamentos violentos, em respeito à dignidade deles como pessoas humanas (MOURA; SANTIAGO, 2015).

<sup>6</sup> O debate acerca da aprovação da Lei Menino Bernardo trouxe grande mobilização social, e, entre as organizações não governamentais que a apoiavam, cabe citar a atuação da “Rede Não Bata, Eduque” e o resumo de seus argumentos: “1º – Os castigos físicos e tratamento humilhante são uma violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. 2º – A lei, além de um instrumento jurídico, é um marco moral e ético de princípios e valores. 3º – A lei explicitará que as crianças têm direito a receber educação, orientação, cuidado e disciplina sem o uso de castigo físico ou tratamento humilhante. 4º – A lei assessorará todos os atores do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, evitando subjetividades como, por exemplo, o que é castigo moderado ou imoderado. 5º – A lei contribuirá para o estabelecimento de políticas públicas de orientação e apoio aos pais, para que se sintam de posse das melhores ferramentas de educação e sem necessidade do uso da violência”. Disponível em: <[http://www.http://www.naobataeduque.org.br/documentos/Porque%20somos%20a%20favor%20da%20lei\\_RNBE.pdf](http://www.http://www.naobataeduque.org.br/documentos/Porque%20somos%20a%20favor%20da%20lei_RNBE.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

A recepção social da lei, no âmbito das famílias, foi no sentido de uma certa equivocidade, como que se o Estado dispusesse, como um Leviatã, de total gerência na vida privada das famílias<sup>7</sup>. Há ainda um senso comum de que “um tapinha não dói” e o ideário de que os castigos físicos ou psicológicos moldariam o caráter de uma criança. A cultura da “violência que gera violência” ainda se encontra presente e é passada de geração a geração como a forma correta para se educar.

No mesmo sentido são as percepções de Hannah Arendt (1985, p. 30):

A violência pode gerar o vigor que é a extensão de uma independência. A força, que é utilizada como sinônimo de violência, apesar de terem conceitos diferentes, é que pode gerar um poder, apesar de que este tende ao fracasso, pois o poder deve ser investido e não imposto. Nestes moldes a violência não seria fonte geradora de autoridade, seria na verdade a imposição de algo visando a um efeito imediato, mas fadado ao fracasso.

Vale destacar que a maioria dos especialistas em medicina, psicologia, serviço social e pedagogia entende que a alteração legislativa é benéfica porque nenhuma forma de castigo ou tratamento cruel ou degradante é pressuposto para a educação ou a convivência familiar ou comunitária. Ademais, um castigo físico considerado moderado ou irrelevante quase sempre acaba sendo o primeiro passo para a prática de atos violentos de maior intensidade ou envergadura, desembocando em sérios prejuízos físicos e psicológicos às crianças e aos adolescentes (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, p. 159).

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, ver Venosa (2005, p. 27): “não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula mater, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí por que a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada”.

Pautada no medo e na violência, essa forma de “educar e criar os filhos” é extremamente reducionista e se manifesta de forma a corroborar um estado de coisas latente e presente em nossa sociedade:

Essa perspectiva, sugere uma visão restrita de educação, e por que não dizer contraditória, já que uma postura educativa violenta tende a formar sujeitos também violentos e intolerantes, ou de outro modo extremamente submissos. Ligada a esses dois aspectos está a ausência de reconhecimento do outro enquanto ser de direito, assim como do compromisso com o mundo. O que pode ser interpretado como carência de princípios éticos favoráveis à conscientização e à formação dos sujeitos. Considerando os limites de tais leituras, apontamos como um caminho formativo autêntico, a educação dialógica (MOURA; SANTIAGO, 2015).

Nos moldes propugnados por Paulo Freire (1983), a educação, seja no âmbito da escola ou das relações familiares, deve estar voltada ao diálogo, pautado na ação e reflexão. Nas relações de dominação, diálogo e amor estão ausentes. Diálogo é o encontro dos homens para Ser Mais para construir sua autonomia. Para que a educação promova no educando a autonomia, é essencial que ela seja dialógica, pois assim há espaço para que a criança seja sujeito, para que ela mesma assuma responsavelmente sua liberdade e, com a ajuda da família, desenvolva-se e transforme-se (FREIRE, 1983, p. 97). O diálogo implica a transformação do mundo. A pronúncia do mundo é um ato de criação e recriação, é um ato de amor (FREIRE, 1983, p. 97).

Assim, é noção cediça que a educação de crianças e adolescentes pressupõe o diálogo, a confiança, a responsabilidade e o respeito mútuo, consagrados que estão como sujeitos de direito. Nesse contexto, impõe registrar, enfaticamente, que a Lei Menino Bernardo vem para reiterar, ratificar que a interpretação dos direitos da criança e do adolescente está sempre sob a égide da construção, da formação e do pleno desenvolvimento. A

educação emancipatória e dialogada é – e sempre será – a melhor forma para a educação cidadã e plena de crianças e adolescentes. A novel legislação valora-se como pressuposto axiológico da não violência, da educação para paz e pelo fortalecimento de crianças e adolescentes como signatários de direitos humanos fundamentais. Eis a razão da Lei Menino Bernardo, eis a diretriz hermenêutica do intérprete contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. 3. ed. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.

AMIN, A. R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente In: MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANDREUCCI, A. C. P. T. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. *Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2010.

ARENDT, H. *Da violência*. Tradução Maria Cláudia Drummond Trindade. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BASTOS, C. R. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAMILLO, C. E. N. Dos princípios da proteção integral e do interesse

- maior da criança e do adolescente como critérios de interpretação. In: CARACIOLA, A. B.; ANDREUCCI, A. C. P. T.; FREITAS, A. da S. *Estatuto da Criança e do Adolescente, 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARACIOLA, A. B. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010.
- CARACIOLA, A. B.; ANDREUCCI, A. C. P. T.; FREITAS, A. da S. *Estatuto da Criança e do Adolescente, 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010.
- DWORKIN, R. *Los derechos em serio*. Traducción Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- ESSER, J. *Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- GUERRA FILHO, W. S. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MELLO, C. A. B. de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MOURA, M. M.; SANTIAGO, M. B. do N. Por uma formação ética e dialógica: refletindo sobre o sentido da aprovação da Lei 13.010/2014 em face dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.proealc.uerj.br/Site\\_VSeminarario2014/trabalhos\\_PDF/GT%2003/Gt03%20Maurin+%20A6bia%20Monteiro%20de%20Moura%20et%20al.pdf](http://www.proealc.uerj.br/Site_VSeminarario2014/trabalhos_PDF/GT%2003/Gt03%20Maurin+%20A6bia%20Monteiro%20de%20Moura%20et%20al.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- NALINI, J. R. *Constituição e Estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SMANIO, G. P. A concretização da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes por meio de políticas públicas. In: CARACIOLA, A. B.; ANDREUCCI, A. C. P. T.; FREITAS, A. da S. *Estatuto da Criança e do Adolescente, 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

## Parte III

# A INSERÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA AGENDA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – A LEI MENINO BERNARDO



# AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEI MENINO BERNARDO

*Antonio Cecilio Moreira Pires<sup>1</sup>*  
*Lilian Regina Gabriel Moreira Pires<sup>2</sup>*

## 1. A CONDUTA HUMANA COMO OBJETO DO DIREITO

Para Carlos Cossio (1954, p. 49-51), fundador da escola de pensamento jurídico denominado egologismo, o objeto que o jurista deve conhecer não são as normas, mas sim a conduta humana enfocada, porque as normas jurídicas são só conceitos

---

<sup>1</sup> Mestre e doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor de Direito Administrativo da UPM e professor convidado da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Cogea da PUC-SP. Coordenador adjunto da Faculdade de Direito da UPM, membro do Grupo de Pesquisa (MackPesquisa) “Violência contra a criança e o adolescente: educando agentes transformadores”, advogado e consultor jurídico.

<sup>2</sup> Mestra e doutoranda em Direito do Estado, concentração em Direito Urbanístico, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora de Direito Administrativo, Urbanístico e Econômico da UPM, membro do Grupo de Pesquisa (MackPesquisa) “Violência contra a criança e o adolescente: educando agentes transformadores”, assessora jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos de São Paulo (CMCP) e advogada.

com os quais aquela conduta é conhecida como conduta.

Em outras palavras, isso quer dizer que a normatividade jurídica se constrói a partir da relação do sujeito com a norma, pelo que, certo é dizer, será em razão da conduta que se formará a norma jurídica.

Maria Helena Diniz (2001, p. 57) muito bem observa que o homem é um animal gregário pela própria natureza, coexistindo com outros. Assim é que a conduta de um interfere na dos outros, havendo, pois, o inevitável choque das múltiplas condutas existentes, existindo uma séria necessidade de limitá-las, com vistas a assegurar um mínimo aceitável de convivência.

Com efeito, olhando-se o direito pela ótica dos autores em comento, notadamente o direito público, visualizamos uma pluralidade de valores permeados por uma dinâmica essencialmente política.

Por conseguinte, não pode o direito, em razão de uma visão estritamente positivista, a nosso ver, bastante superada, enclausurar-se a ponto de estar fechado para uma interdisciplinaridade, como aponta Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 1-2) ao afirmar que muitos institutos jurídicos buscam novo sentido ou nova força mediante contato com outras áreas do conhecimento.

Vê-se, claramente, que os juristas encontram-se desafiados a dar ao direito uma maior amplitude, que sempre se sustentou em um sistema de ideias devidamente hierarquizadas mediante a edição de normas jurídicas. Hodiernamente, o direito não pode ficar relegado ao mero estabelecimento de normas de caráter organizacional ou de meras condutas, devendo recepcionar valores, notadamente aqueles de caráter social.

## **2. A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Constituem-se em valores democráticos a liberdade e a

igualdade, das quais se presume um ambiente propício ao desenvolvimento das liberdades públicas.

Em razão disso, é certo dizer que a Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos do homem e do cidadão, mediante o rol das denominadas liberdades públicas. A doutrina constitucional brasileira emprega, com um mesmo sentido, as expressões liberdades públicas, direitos humanos, direitos subjetivos públicos e direitos fundamentais.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005, p. 108), ao se debruçarem sobre o tema, afirmam que a expressão liberdades públicas não é suficiente para a correta aceção e extensão dos direitos constitucionalmente protegidos, entendendo que a terminologia direitos fundamentais é significativamente mais precisa, indicando não só a situação relativa à defesa do cidadão perante o Estado, como também os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso.

Não é sem razão, portanto, que a Constituição Federal de 1988 adota, em seu Título II, a expressão “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com vistas à proteção da dignidade humana em suas múltiplas facetas.

Para aquilo que nos interessa, vamos focar os nossos esforços nos direitos sociais, ditos de segunda geração, cuja essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. O homem, a partir de então, reclama por uma nova forma de proteção à dignidade, devendo o Estado fazer-se presente, mediante uma atividade prestacional, buscando suprir as carências individuais e sociais do indivíduo, impondo a criação de políticas públicas, isso sem falar dos direitos de terceira geração relativos ao meio ambiente.

### **3. O BERÇO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

A Constituição de 1988 consagrou como norma constitu-

cional diversos dispositivos que, em verdade, nada mais são que políticas públicas constitucionalizadas, embora, e é bom que se diga desde logo, nada impeça que a sua institucionalização aconteça mediante outros atos normativos – leis, decretos e até mesmo contratos.

Com o objetivo de listar as políticas públicas que receberam guarida constitucional, temos, no artigo 21, XIX, a Política Nacional de Recursos Hídricos e, nos artigos 23, VI e VII, 235, a previsão da Política Nacional do Meio Ambiente.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 15) destaca que o capítulo II, “Das Finanças Públicas”, do Título VI, da “Tributação e Orçamento”, traz, em seu bojo, os instrumentos orçamentários – Plano Plurianual (PPA) e Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) – como expressões jurídicas de políticas públicas, entendendo que essa vocação é da própria natureza do instrumento, já vindo firmada, inclusive, no artigo 2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Encontra-se previsto em nossa Lei Maior o artigo 175, parágrafo único, III, que, ao disciplinar a prestação do serviço público, estabelece a necessidade de uma política tarifária.

Segue-se, ainda, no Título VIII de nossa Lei Fundamental, a menção às políticas públicas relativa a seguridade social, saúde, educação, cultura e desporto, a partir do artigo 194.

No artigo 182, prevê-se a política de desenvolvimento urbano de competência do Poder Público municipal, sem falar do artigo 187 da política agrícola que deve ser planejada e executada nos termos da lei.

Em última análise, a Lei Magna não mais se limita a estabelecer o desenho do Estado, recepcionando o exercício de atividades estatais, denominadas de políticas públicas que devem necessariamente ser implementadas pelo Poder Público.

#### **4. OS ASPECTOS CONCEITUAIS DA POLÍTICA PÚBLICA**

A questão conceitual sempre é tarefa árdua. Entretanto, não pode o intérprete se furtar de enfrentar os problemas decorrentes da conceituação de qualquer instituto jurídico, pois será em razão dessa delimitação que passaremos a ter a ideia da natureza das diversas figuras jurídicas contempladas em nosso sistema.

Para a consecução dessa tarefa, importa dizer, em um primeiro momento, que a política que nos interessa é aquela que diz respeito ao governo das sociedades de determinado Estado.

Por conseguinte, em razão da ideia de que a política, antes de tudo, é um ato de governo, é correto dizer que a política pública se traduz em uma ação governamental. Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 239), em sua obra *Direito administrativo e políticas públicas*, observa:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

O conceito da autora muito bem revela que o Estado é o principal ator a conduzir a ação governamental, ressaltando, ainda, que as políticas públicas não podem ser consideradas isoladamente, mas apenas no contexto de um programa que, em nosso sentir, importa em sucessivas ações, todas voltadas para a finalidade de cumprir um objetivo social entendido como relevante.

Calha aqui, por pertinente que é registrar, que a escolha daquilo que se entende por socialmente relevante passa pelo plano político de escolha, sendo posteriormente erigido na carta constitucional, na lei ou mediante outros instrumentos normativos.

Talvez, em razão de nossa ótica significativamente pragmática, temos que a fixação dos objetivos da política pública deve ser pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade,

de modo que a sua implementação seja faticamente possível, levando-se em conta, principalmente, os aspectos econômicos e jurídicos envolvidos.

Deveras, para que a política pública possa ser efetivamente implementada, observados os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, impõe-se ao Estado a obrigatoriedade de formulação de um adequado planejamento, em obediência inclusive ao princípio da eficiência. Gilberto Bercovici (2006, p. 145) ensina em seu magistério:

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística o plano e a expressão da política geral do Estado. E mais do que um programa, e um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se a mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social.

Em que pesem os diversos aspectos que envolvem o planejamento, em razão dele que será possível o atingimento dos fins desejados, transformando-se, futuramente, a realidade social.

Este breve esboço leva-nos a afirmar que a política pública deve ser entendida como um conjunto de ações integrantes de um programa governamental, adequadamente planejado, com vistas a atingir objetivos consagrados como socialmente relevantes, mediante a edição de regular instrumento normativo.

## 5. BREVE SÍNTESE DA LEI MENINO BERNARDO

Ainda que a Constituição Federal trate, entre outros, da

criança e do adolescente, em seu artigo 226 não podemos dizer que se estabeleceu constitucionalmente obrigatoriedade da implementação de uma política pública, embora, a nosso ver, tal hipótese encontre-se implicitamente prevista no dispositivo sobredito.

De qualquer modo, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, veio dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, e foi alterada pela Lei Menino Bernardo, objetivando estabelecer o direito de estes serem cuidados e educados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante, como formas de correção, disciplina e educação ou a qualquer outro pretexto.

As pessoas passíveis de ser sancionadas, em razão do descumprimento das disposições da legislação em comento, encontram-se devidamente minudeadas no artigo 18-B da Lei nº 8.069/90, figurando, assim, os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

O referido dispositivo, no qual constam as medidas cabíveis à espécie que, em um primeiro momento, não possuem a natureza jurídica de sanção propriamente dita, é de responsabilidade do Conselho Tutelar<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V – advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências

## 6. O CONSELHO TUTELAR

Segundo o artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 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 nessa lei.

Cada município e cada região administrativa do Distrito Federal deverão contar com, no mínimo, um Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de cinco membros, escolhidos pela população local para mandato de quatro anos, permitida uma única recondução mediante novo processo de escolha.

Note-se, portanto, que o Conselho Tutelar não possui personalidade jurídica, caracterizando-se, pois, como órgão público e, portanto, uma unidade de competência, destinada a expressar a vontade administrativa da pessoa jurídica à qual pertence.

O interessado em se candidatar a membro do Conselho Tutelar deverá atender aos requisitos de reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 anos e residir no município, e a eventual remuneração dos conselheiros dependerá de lei específica.

Para melhor entender as peculiaridades dos conselhos tutelares, impende considerar a Resolução nº 75/2001 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda) que dispõe sobre os parâmetros de sua criação e funcionamento.

Em apertada síntese, ainda que os conselhos tutelares sejam considerados órgãos públicos, não se subordinam aos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, constituindo-se em órgão de natureza autônoma, nos termos do artigo 5º da referida resolução e, portanto, em nosso entender *sui generis*, no contexto do regime jurídico administrativo.

---

legais.”

Melhor explicando, os órgãos públicos são fruto do fenômeno jurídico da desconcentração que implica distribuição de competência, dentro de uma mesma pessoa jurídica e, portanto, sob o regime da subordinação, que importa na obrigatoriedade de um controle interno.

Contudo, o artigo 5º da resolução examinada terminou por retirar dos conselhos tutelares, como órgão público, uma de suas principais características, decorrentes do princípio da hierarquia: a subordinação.

Conquanto tal hipótese seja juridicamente discutível, não temos dúvidas de que qualquer órgão público deve se submeter ao controle, pelo que entendemos que o regime do Conselho Tutelar deve pautar-se, minimamente, pela vinculação, impondo ao Poder Executivo Municipal, a quem cabe a competência para criação dos conselhos, um controle de natureza finalística.

Cumpre-nos deixar claro, por pertinente, que a “autonomia” dos conselhos tutelares não é capaz de exonerá-los da fiscalização do Tribunal de Contas, do Ministério Público e da Justiça da Infância e da Juventude, até porque a sua natureza jurídica é de órgão público e, portanto, submetido ao princípio da legalidade, nos termos do artigo 37, *caput*, de nossa Lei Fundamental.

Em suma, essa “autonomia” é de caráter institucional, limitando-se a garantir que as decisões dos conselhos, no âmbito de suas competências, não sofram ingerências de quem quer seja, desde que emanadas em estrita consonância com os preceitos legais.

De sua vez, válido é destacar que o artigo 6º da Resolução nº 75/2001 dispõe que o Conselho Tutelar é órgão público de caráter não jurisdicional, destinado a desempenhar funções administrativas direcionadas ao cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, sem integrar o Poder Judiciário.

Com isso, temos uma desjurisdicionalização do *atendimento*, posto que se retiraram do Poder Judiciário os chamados casos “sociais” – ou seja, aquelas hipóteses em que *a priori* não existe

a necessidade de uma decisão judicial – que podem ser resolvidos administrativamente, imprimindo a necessária agilidade na resolução dos casos postos ao crivo dos conselhos.

Válido é lembrar que a Resolução nº 139/2011 é bastante enfática ao determinar que a atuação do Conselho Tutelar deve ser voltada à solução efetiva e definitiva dos casos atendidos com o objetivo de desjudicializar, desburocratizar e agilizar o atendimento de crianças e adolescentes, pelo que parece-nos bastante correto que a função do membro do conselho exija dedicação exclusiva, vedado o exercício concomitante de qualquer outra atividade pública ou privada.

## **7. A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA PELOS CONSELHOS TUTELARES**

Em caráter preliminar, vale dizer que foi atribuído ao Conanda competência para elaborar normas gerais para a formulação e implementação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 5.089/2004, cabendo ao Conselho Tutelar aplicar as medidas protetivas, sem prejuízo de também contribuir para o planejamento e a formulação de políticas públicas e planos municipais.

Por sua vez, o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um *conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Destarte, percebe-se que o comando legal determina, expressamente, a necessidade de um trabalho que deve ser desenvolvido pelos conselhos com os demais agentes envolvidos na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, tanto no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público como no que concerne às de direito privado.

Convém registrar que a Lei Menino Bernardo, em seu artigo 70-A, veio a enfatizar a articulação necessária entre os diversos entes, posto que prevê, de forma incisiva, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e adolescentes.

Com isso, fica claro que a política pública que deve ser implementada para atender ao objetivo de coibir o uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante, difundindo formas não violentas de educação, depende de uma integração entre os diversos atores envolvidos.

Em que pese a disposição legal obrigatória, com relação a essa articulação, não são necessárias maiores ilações para se concluir que a sua implementação apresenta uma série de dificuldades, configurando-se em desafio diário para os conselheiros espalhados por nosso país, sendo obrigados a conviver com a precariedade das diversas instituições envolvidas.

O grande desafio é aquilo que se denomina *atendimento em rede* que exige uma articulação, integração e complementaridade das diversas atividades de cada órgão ou da prestação de serviços envolvida (CASTRO; OLIVEIRA, 2009, p. 227).

Ainda que a questão suscitada, relativa ao atendimento em rede, seja caracterizada por uma série de ações que não se encontram na integralidade no campo do direito<sup>4</sup>, motivo pelo qual passamos ao largo por essa temática, ainda que algumas delas já tenhamos examinado, entre as quais vale destacar a questão da descentralização e autonomia, não se põe em dúvida a necessidade do correspondente orçamento público.

---

<sup>4</sup> O trabalho em rede tem como características horizontalidade, descentralização, liderança múltipla, livre circulação das informações, compartilhamento, cooperação, confiança, autonomia, abertura, sustentabilidade, interdependência (CASTRO; OLIVEIRA, 2009, p. 234-235).

Ora, se a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, em parceria com os conselhos tutelares, devem desenvolver um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, deve existir um financiamento que necessita ser devidamente articulado com todos os entes envolvidos.

Deveras, em razão disso, os entes federados devem fazer expressa previsão orçamentária de cada uma das ações necessárias, que foram devidamente determinadas em planejamento próprio, nos termos do artigo 2º da Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos municípios e do Distrito Federal.

Em outro dizer, aquilo que não se encontrar previsto na Lei Orçamentária não poderá ser realizado, posto que a despesa para com a ação não foi devidamente provisionada, exigindo dos conselhos tutelares uma forte atuação, de modo a garantir os recursos para a consecução das políticas públicas entendidas como prioritárias.

Claro está que tudo isso passa pelo plano da escolha política. Para que não reste qualquer dúvida, a elaboração do orçamento, a qualquer título que seja, impõe aos nossos governantes uma escolha política que se constitui no interesse público que deverá ser atingido, incluída nesse contexto a política pública que deverá ser implementada.

Afora a atuação dos conselhos tutelares naquilo que diz respeito à elaboração do orçamento, nada impede que a sociedade civil<sup>5</sup> também atue de forma conjunta e articulada, eis que a nossa Constituição Federal determina que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado democrático de direito, onde todo o poder emana do povo.

Doutra parte e afora as naturais dificuldades para a execução do conjunto de atividades que se constituem nesta ou naquela política pública, conveniente se faz observar que o

<sup>5</sup> Um dos desafios do Poder Público é incentivar e criar meios para a participação popular.

orçamento, embora veiculado por lei, tem caráter autorizativo tão somente, e não obrigatório<sup>6</sup>.

Via de consequência, os chefes do Poder Executivo não estão obrigados a aplicar todos os recursos previstos para uma determinada ação, fato que enseja, há muito, um comportamento minimamente censurável que é a famosa “moeda de troca”, liberando-se ou não a verba pública, em razão dos eventuais “apoios” tidos como necessários.

Despiciendas maiores considerações para se concluir pela relevância da atuação dos conselhos tutelares e da sociedade civil que devem buscar verdadeiros mecanismos de pressão, de sorte a afastar essa malfadada prática administrativa, garantido os seus recursos.

A questão orçamentária, que dispensa maiores comentários sobre a sua relevância, compõe-se de três instrumentos: PPA, LDO e Lei Orçamentária Anual (LOA).

O PPA é de berço constitucional, previsto no artigo 165 de nossa Lei Fundamental, destinando-se a organizar e viabilizar a ação pública, mediante declaração do conjunto das políticas públicas do governo para um período de quatro anos.

O aludido instrumento, definidor das estratégias, diretrizes e metas do governo, deve ser elaborado no primeiro ano do mandato do chefe do Executivo, vigorando até o primeiro ano do próximo mandato, objetivando dar a necessária continuidade aos projetos tidos como meta.

Por sua vez, a LDO, também prevista no artigo 165 da Constituição Federal, compreende as metas e prioridades da administração pública, ou seja, as obras e os serviços considerados relevantes.

---

<sup>6</sup> Vale lembrar que o orçamento público possui dois tipos de despesa: aquelas de caráter obrigatório e aquelas de caráter discricionário. As despesas de caráter obrigatório, a título de exemplo, são os salários dos servidores públicos, as aposentadorias, pensões e políticas sociais (saúde, educação e previdência). Despesas discricionárias são aquelas que se referem a novas obras, novos programas de cunho social.

Além disso, a LDO servirá de orientação à elaboração da LOA, dispondo ainda sobre as alterações na legislação tributária, estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Por derradeiro, temos a LOA, e como não poderia deixar de ser, prevista no dispositivo constitucional sobrefalado. O seu objetivo é demonstrar as receitas e despesas para o exercício seguinte.

Finalmente, quanto ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, que deve ser criado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, a sua natureza jurídica é de mera rubrica orçamentária, devendo, portanto, ser previsto no orçamento de um órgão público.

Nos termos do artigo 71 da Lei nº 4.320/64, os fundos nada mais são que os produtos de receitas especificadas, que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Em outro dizer, o fundo tem por objetivo o atendimento das políticas públicas voltadas para a criança e o adolescente, distribuído mediante deliberação dos conselhos de direitos dos diversos entes federados.

## **8. CONCLUSÃO**

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente e, posteriormente, a Lei Menino Bernardo possam ser considerados um avanço naquilo que diz respeito à área da infância e da juventude, ainda há muito que se fazer.

De todo modo, não podemos deixar de registrar que em nosso país vigora, infelizmente, uma profusão de instrumentos normativos cuja necessidade é de caráter sobejamente duvidoso.

Com efeito, a Lei Menino Bernardo veio regular uma situação específica que tem por objetivo estabelecer o direito de as crianças e os adolescentes serem cuidados e educados, sem

o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante, como formas de correção, disciplina e educação ou a qualquer outro pretexto.

Ainda que bastante louvável a intenção, a questão posta em discussão diz respeito à consecução da política pública destinada a atingir o objetivo preconizado pela Lei Menino Bernardo.

Veja-se então que a questão da política pública é a implementação da Lei Menino Bernardo, uma vez que imposta pelo próprio Estatuto da Criança e Adolescente.

Em nosso entendimento, os diplomas legais examinados são mais do que suficientes para a execução dessa relevante política pública de caráter social. Entretanto, ainda que tenhamos conselhos tutelares, muitos de certa forma até aparelhados e com considerável material humano para a realização das atividades necessárias, também é fato que uma grande parcela desses órgãos encontra-se em situação lastimosa ou nem sequer foi constituída.

Para além da questão de estruturação, há a necessidade premente de partilhar com a sociedade civil as atribuições, obrigações e formas de indicação dos conselheiros, bem como o conhecimento do real significado do atendimento em rede.

Assim é imperioso que a articulação dos entes federados com os diversos conselhos tutelares de nosso país e com a sociedade civil aconteça nos termos da lei, independentemente de qualquer ideologia ou facção partidária e mais, ainda, que a legislação orçamentária não se torne apenas uma mera previsão da existência de recursos, mas que eles se tornem efetivos, chegando ao seu legítimo dono, o povo, mais precisamente, no caso da Lei Menino Bernardo, às vítimas de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*.

9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BERCOVICI, G. Planejamento e políticas públicas por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, A. C.; OLIVEIRA, V. L. A. de. Comunicação e mobilização dos conselhos com instituições parceiras, redes de serviços e sociedade civil. In: ASSIS, S. G. de et al. (Org.). *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009.

COSSIO, C. *Teoria de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954.

DINIZ, M. H. *A ciência jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

# VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, E POLÍTICAS PÚBLICAS – A LEI MENINO BERNARDO

*Gianpaolo Poggio Smanio*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A educação de crianças e adolescentes sempre foi tema de importância e debate, mas não havia um tratamento jurídico específico ao tema. A questão acabava sendo deixada para resolução familiar, sem intervenção direta dos organismos e instituições da sociedade ou do Estado, a não ser nos casos mais graves. A Lei Menino Bernardo rompeu esse modo de tratar o assunto, determinando de maneira concreta as proibições de violência física e tratamento degradante na educação de crianças e adolescentes, e atribuindo ao Conselho Tutelar o atendimento e a aplicação das medidas protetivas previstas na lei tanto às crianças e aos adolescentes quanto aos pais ou autores das agressões.

Neste capítulo, analisaremos a proteção integral da criança e do adolescente, como princípio fundamental, do qual decorre a Lei Menino Bernardo e seus preceitos sobre a educação in-

---

<sup>1</sup> Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e subprocurador-geral institucional do Ministério Público de São Paulo.

fantojuvenil. A seguir, trataremos das disposições de política pública contidas na lei, da conceituação dos seus dispositivos e, por fim, da atuação do Conselho Tutelar.

## **2. A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL**

A doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes é definida pela Constituição Federal (CF) de 1988 que determina, em seu artigo 227, ser dever da família da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina da proteção integral foi afirmada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 20 de novembro de 1989 e expressamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 1º.

O ECA – Lei nº 8.069/90 –, em seu artigo 1º, explicita o mandamento constitucional ao determinar que a lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Da mesma forma, podemos assegurar que a CF, nos parágrafos do referido artigo 227, determina ao Estado que efetive políticas públicas para concretizar a doutrina da proteção integral, seja por meio de elaboração de leis, seja por meio de atividades administrativas, além de programas, normas e atividades.

Assim, o Estado deverá promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, inclusive em conjunto com entidades não governamentais, bem como programas para prevenção e atendimento especializado para

crianças e adolescentes portadores de deficiência física, sensorial ou mental, cuidando da integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência e facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, com eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (§ 1º do artigo 227 da CF).

Também deverá ser garantida a idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, observadas as garantias trabalhistas e previdenciárias, bem como o acesso do adolescente trabalhador à escola (§ 3º do artigo 227 da CF).

Da mesma forma, são especificadas garantias processuais quando da prática de ato infracional ou de aplicação de medida privativa de liberdade, como igualdade na relação processual, defesa técnica efetivada por advogado, brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da criança e do adolescente (§3º do artigo 227 da CF).

O acolhimento da criança e do adolescente também encontra amparo constitucional para realização de políticas públicas, pois o Poder Público deverá incentivar e subsidiar a guarda de criança ou adolescente órfãos ou abandonados, bem como assistir a adoção (§§ 3º e 5º do artigo 227 da CF).

Ainda há uma determinação para que a lei puna severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, e uma proibição de qualquer discriminação relativa à filiação natural ou adotiva (§§ 4º e 6º do artigo 227 da CF).

A criança e o adolescente são tratados como sujeitos de direitos pela doutrina da proteção integral, o que significa que não podem mais ser tratados como objetos passivos de controle e proteção por parte do Estado, da família e da sociedade.

O ECA não é voltado apenas ao menor carente ou em situação de risco, mas a proteger o menor em qualquer situação em que ele se encontre.

A lei atribui ao menor uma série de direitos necessários para seu pleno desenvolvimento. A proteção integral é aquela que abrange todas as necessidades do ser humano para o pleno

desenvolvimento de sua personalidade.

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos, considerados como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, com os direitos de cidadania garantidos pela CF e pelo ECA.

### **3. BREVE HISTÓRICO DA LEI Nº 13.010, DE 26 DE JUNHO DE 2014 – LEI MENINO BERNARDO**

O Brasil é signatário da já referida Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, desde 24 de setembro de 1990. Ao ratificar a convenção, o Estado brasileiro assumiu a obrigação de assegurar à criança o direito a uma educação não violenta.

No entanto, apesar de a discussão no Congresso Nacional ter sido iniciada em 2003, com proposta de projeto na Câmara dos Deputados, apenas em 2010, o Poder Executivo encaminhou Projeto de Lei (PL) nº 7.672 que deu origem à Lei Menino Bernardo. No início, porém, a Lei Menino Bernardo foi chamada de “Lei da Palmada”. O apelido era um mal-entendido, reflexo do receio de algumas pessoas de que a lei impediria os pais de dar a famosa “palmadinha” nos filhos.

Na verdade, havia uma interpretação equivocada a respeito do projeto. A intenção é mudar a forma como as crianças devem ser educadas. O objetivo é possibilitar aos pais, aos educadores condições de dar uma educação diferente, com base no diálogo e na conversa, para que as crianças possam receber dos pais uma orientação adequada de como devem se comportar.

A Lei Menino Bernardo, Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), para estabelecer o direito de a criança e o adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou tratamento cruel ou

degradante. Alterou o artigo 13 do ECA e acrescentou a ele os artigos 18-A, 18-B e 70-A, analisados a seguir.

#### **4. A DETERMINAÇÃO LEGAL DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA**

“Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I – a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II – a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III – a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV – o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V – a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de

tratamento cruel ou degradante no processo educativo;  
VI – a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção” (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

O quadro de insuficiência de efetivação da doutrina da proteção integral é reconhecido pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República, que elaboraram as bases do Plano Decenal – 2011/2020 – da Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes.

Em nosso país, essa é uma iniciativa pioneira e inédita na área da proteção às crianças e aos adolescentes e deverá reforçar as estratégias para efetivação da proteção integral prevista na CF, uma vez que o reconhecimento de pontos vulneráveis e a fixação de diretrizes e metas para sua superação contribuirão para a realização dos direitos aqui tratados.

A proposta de uma política nacional incorpora os compromissos assumidos pelo Brasil como signatário das Cartas de Direitos das Nações Unidas e das Metas do Milênio trazidas no documento *Um mundo para as crianças* (NAÇÕES UNIDAS, 2002).

A transformação da doutrina da proteção integral em uma Política de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes reforça o caráter de universalidade dos direitos e supera os planos governamentais com duração temporal, efetivando uma Política Pública de Estado para a Criança e Adolescência.

Os dados publicados na proposta do referido plano decenal demonstram, como dissemos, grandes fragilidades em nosso

sistema de garantias de direitos à criança e ao adolescente, para serem superados ou ao menos equalizados neste decênio.

Em 2009, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) apontou a existência, em 2008, de 25 milhões de crianças vivendo em situação de pobreza no Brasil, das quais mais de 70% eram afrodescendentes. Ainda em 2009, o Ministério da Saúde anotou 1,5% das crianças com menos de 1 ano de idade em situação de desnutrição em nosso país (BRASIL, 2009).

Dentre os “Objetivos do Milênio”, uma das metas é a redução da mortalidade infantil para 15,7 óbitos por mil nascidos vivos até 2015. Em 2008 nossa taxa de mortalidade de menores de 5 anos foi de 22,8 óbitos por mil nascidos vivos.

Estes dados reforçam a necessidade do aumento da cobertura pré-natal, o aumento e garantia do período de aleitamento materno, do grau de escolaridade das mães e de medidas preventivas de tratamento médico.

Os dados também demonstram uma desigualdade racial expressiva: o índice de mortalidade infantil de 20,3 por mil para crianças brancas e de 27,9 para crianças afrodescendentes em 2008.

Outro dos “Objetivos do Milênio”, a universalização do acesso ao ensino fundamental encontra nosso país em melhor condição, uma vez que, em 2008, tínhamos o índice de 97,9% de inclusão. Nosso problema é aumentar a quantidade de anos de estudo (7,7 no Sudeste e 5,9 no Nordeste) e a qualidade da escola, assim como garantir maior acesso à creche das crianças de até 3 anos (apenas 18,1% em 2008).

O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) traz a necessidade de articulação do ensino médio com a educação profissional. Em 2008, 84% dos adolescentes estavam incluídos no sistema de ensino, mas apenas 48% no nível de ensino apropriado à sua faixa etária.

A universalização da educação com qualidade e inclusiva para áreas rurais, estudantes com deficiência, indígenas e quilombolas ainda é uma necessidade de conquista que não

efetivamos.

Em relação à convivência familiar e comunitária, a CF e o ECA romperam com a concepção histórica de institucionalização ao fixarem a convivência familiar como direito da criança e do adolescente. O abrigo é medida de exceção em casos extremos e por breve período. As situações de pobreza e fragilização de vínculos familiares devem ser enfrentadas com a diretriz de proteção às famílias.

No entanto, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) efetuou, em 2003, mapeamento em abrigos do Brasil, e o diagnóstico foi preocupante: 24,2% dos abrigamentos foram efetuados por pobreza e 50% das crianças nessas condições permaneceram por mais de dois anos no abrigo. Somente 14,1% dos abrigos atendiam aos critérios de incentivo à convivência com a família, e aproximadamente 72% dos casos não haviam sido encaminhados para programas de auxílio ou proteção.

Outra questão importante é o atendimento de crianças e adolescentes que sofrem violência ou ameaça em seus direitos. Violência doméstica, violência sexual, trabalho infantil, situação de rua, negação de direito à convivência familiar e morbimortalidade por violência são situações que ainda dependem de maiores dados de pesquisa e atuação. Dados do Sistema de Vigilância de Violência e Acidentes – Viva (BRASIL, 2009) apontam a residência como principal local de violência contra crianças (58%) e adolescentes (60%).

É preciso aperfeiçoar e ampliar o sistema de notificação das violações de direitos, como o Disque Denúncia – Disque 100 – e os instrumentos de atuação estatal, como os Centros de Referência Especializados de Assistência Social (Creas) em Estados e municípios.

O *Mapa da violência 2010* (WAISELFISZ, 2010) mostrou que 2,03 dos adolescentes são assassinados antes de completarem 19 anos. Em 2002, a Pesquisa Nacional sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual (Pestraf) identificou 110 rotas de tráfico intermunicipal

e interestadual e 120 rotas de tráfico internacional, das quais 50% também transportam adolescentes.

O trabalho infantil também encontra situação que exige aprofundamento da intervenção protetiva. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada em 2008 anotou que 5,84% de crianças e adolescentes entre 5 e 15 anos estavam em situação de trabalho, ou seja, mais de dois milhões de crianças e adolescentes.

Esses dados demonstram que a efetivação da proteção integral demanda, além de diretrizes e metas, uma atuação de toda a sociedade para a conscientização das necessidades e fragilidades, e investimento para a sua superação.

A implementação dessas mudanças demandará uma parceria também de governos municipais e estaduais, que deverão oferecer os serviços necessários de atendimento. Será preciso criar uma rede que atenda os pais, inclusive para dúvidas e orientações, além do tratamento adequado em cada caso concreto.

Também será importante que, nas escolas, os educadores se apropriem da legislação. As reuniões com pais nas escolas podem ser um espaço de repasse dessas informações e conhecimento da nova legislação, de esclarecimento dos pais sobre a educação dos filhos.

## 5. A CONCEITUAÇÃO LEGAL

“Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva apli-

cada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

a) sofrimento físico; ou

b) lesão;

II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

a) humilhe; ou

b) ameace gravemente; ou

c) ridicularize” (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

As expressões utilizadas na lei – castigo físico e tratamento cruel e degradante – precisam de conceituação, o que significa que os casos necessitam ser avaliados e tratados em suas peculiaridades.

Entendemos que a norma não proíbe todo tipo de palmada. Aquela palmada leve que tem mais efeito de alerta simbólico, de correção, embora não seja o melhor meio educativo, não foi proibida. A conduta que foi proibida é aquela que tem o caráter de agressão, de causar sofrimento físico. A lei traz a necessidade de conceituação do que deve ser considerado sofrimento físico. Sofrer significa sentir dor física ou moral, e o sofrimento é o “processo de sofrer”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, o que a lei deve penalizar é a situação em que o responsável pela criança ultrapasse os limites do razoável, caracterizando agressão física.

Podemos, então, definir castigo físico como a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou lesão.

Da mesma forma, o tratamento cruel ou degradante que causa humilhação, ameaça grave ou ridicularização da criança ou do adolescente. Humilhar, no sentido da lei, deve ser o me-

---

<sup>2</sup> Cf. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=sofrimento>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

nosprezo, o desdém, o rebaixamento, o aviltamento, enquanto o ridículo deve significar o escárnio, a zombaria, com aspecto espalhafatoso ou extravagante. Já a ameaça é a promessa de um mal grave e realizável.

Podemos então definir o tratamento cruel ou degradante como a conduta em relação à criança ou ao adolescente que os humilhe, ameace gravemente e ridicularize.

Devemos levar em conta sempre a criança e o adolescente, com suas fantasias e suposições, para chegarmos à conceituação adequada em cada caso concreto.

A análise da lei demonstra que apenas os casos mais graves, considerados maus-tratos, serão levados à justiça. Os casos isolados de castigo físico, inclusive as palmadas, serão avaliados pelo Conselho Tutelar como medida educativa para os pais. O limite é saber que não pode haver violência, como castigo físico ou tratamento cruel ou degradante, sobre a criança ou o adolescente.

Maus-tratos significam o espancamento da criança ou do adolescente. A diferença entre o castigo físico, uma palmada educativa e os maus-tratos será avaliada em cada caso concreto.

Os maus-tratos caracterizam crime previsto no artigo 136 do Código Penal, com pena aumentada em um terço se a vítima é pessoa menor de 14 anos (§ 3º).

Os pais devem evitar o uso do castigo físico na educação dos filhos, uma vez que o novo ordenamento jurídico não mais autoriza os genitores a se comportar dessa maneira, e os relatos encontrados acarretarão apuração para verificar se houve ou não ilícito à legislação, como promover vexame ou constrangimento à criança e ao adolescente.

Se ficar comprovado que o caso é de maus-tratos, além das medidas cabíveis pelo Conselho Tutelar e pela Justiça da Infância e Adolescência, haverá ação penal. No entanto, se for apurado que não houve maus-tratos, o caso será encaminhado ao Conselho Tutelar, que tem a prerrogativa para convocar os pais ou responsáveis e aplicar as medidas protetivas e de tratamento e

acompanhamento para os autores.

Também anotamos que a lei não é punitiva, mas sim educativa, de caráter preventivo com uma indicação para que os pais mudem os hábitos ao criarem os filhos. Na verdade, a ideia é que as pessoas percebam que as práticas de violência física não são adequadas para a educação de crianças e adolescentes. Não é mais possível usar na educação dos filhos métodos antigos, como castigos e humilhação. É preciso entender que o filho não é um objeto, mas um ser humano como o próprio adulto.

O combate à violência na sociedade começa na família, com respeito ao outro e sua inclusão como parceiro na vida comum. A violência é muitas vezes um comportamento aprendido. Então, a criança que sofre a violência passa a adotar essa forma de se comunicar e acaba usando essa mesma violência para resolver conflitos e diferenças em outros ambientes.

Sabemos também que a violência sofrida na infância é um dos principais fatores para prever problemas como baixo rendimento escolar e até mesmo doenças como alcoolismo, depressão e abuso de drogas. Ela vai gerar uma série de consequências na criança, o que ninguém deseja para os filhos.

## 6. A ATUAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR NA LEI

“Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

[...]

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer

outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

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

II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V – advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais ” (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

Para que a lei seja cumprida, é preciso fortalecer e capacitar os conselhos tutelares, de forma que possam realizar um correto atendimento dos casos. A própria lei determina que a União, os Estados e os municípios articularão campanhas de capacitação e formação continuada de operadores (artigo 70-A, III, do ECA).

O Conselho Tutelar, regulado nos artigos 131 a 140 do ECA, é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelos direitos da criança e do adolescente definidos na lei. Cada município terá pelo menos um Conselho Tutelar formado por cinco membros escolhidos pela comunidade local, para um mandato de quatro anos, permitida uma recondução entre pessoas de reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 anos e com residência no município.

Eis algumas atribuições do Conselho Tutelar:

- Aplicar as medidas protetivas, previstas pela Lei Menino Bernardo em comento, como encaminhar a programas de proteção, orientação e tratamento pais, integrantes da família ampliada, responsáveis, agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e adolescentes.
- Tratar, educar ou proteger as crianças e os adolescentes

de acordo com as necessidades apuradas no caso concreto, podendo até mesmo aplicar a advertência aos pais ou responsáveis, bem como aos autores da violência contra os menores.

As crianças vítimas do tratamento violento ou cruel e degradante também poderão receber medida protetiva do Conselho Tutelar, com encaminhamento a programas de tratamento especializado.

O Conselho Tutelar deverá receber as comunicações de casos envolvendo castigos físicos, tratamento degradante ou cruel e maus-tratos a crianças e adolescentes, para aplicação das medidas cabíveis ou encaminhamento ao Ministério Público ou ao Judiciário, conforme a gravidade do caso.

Como vimos, o ECA dispõe para aplicação do Conselho Tutelar apenas das medidas de proteção, previstas no referido artigo 18-B do ECA, que dispõe sobre as medidas às quais se sujeitam os pais ou responsáveis que praticarem a referida conduta. São elas: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; advertência.

Permanece reservada para o Poder Judiciário a aplicação das medidas mais gravosas tanto em relação aos adolescentes quanto aos pais ou responsáveis.

Assim, o processo criminal, as medidas judiciais, como perda da guarda, perda ou suspensão do poder familiar, e a colocação em família substituta não se inserem na competência do Conselho Tutelar.

## 7. CONCLUSÃO

A educação de crianças e adolescentes não mais admite uso

de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante, conforme a nova legislação, razão pela qual os usos e costumes que ainda restam sobre o uso de violência física ou moral na educação devem ser objeto de atitude educativa e até mesmo fiscalizados para eventual medida sancionatória, dependendo da gravidade das condutas. Esse é um avanço na atuação do Estado brasileiro na garantia da proteção integral da criança e do adolescente, postura que respeita as convenções da ONU das quais o Brasil é signatário e se obrigou a cumprir quanto à proteção da criança e do adolescente.

A interpretação da lei deve ser efetivada de forma a buscar a educação e não somente a punição dos pais ou responsáveis, devendo-se levar em conta os casos concretos. O que deve ser afastado é o castigo físico, que cause sofrimento à criança ou ao adolescente, ou então o tratamento cruel ou degradante, que cause humilhação, grave ameaça ou ridicularize a criança ou o adolescente.

Os aplicadores da lei, sobretudo os membros do Conselho Tutelar, deverão receber treinamento adequado e contínuo, de forma a preparar-se para a orientação, quando necessária, ou para a verificação da gravidade da situação em cada caso concreto.

A Lei Menino Bernardo veio acrescentar instrumentos ao ECA, para melhor proteção dos direitos da criança e do adolescente, além de precisar com maior clareza as vedações em matéria de tratamento educativo de pais ou responsáveis, e, se bem formados e treinados os seus aplicadores, constituirá em marco evolutivo da proteção integral da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

ALVES, C. Sem vaga em abrigo, adolescente passa três dias em conselho tutelar. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 14 dez. 2013. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1385640-sem-](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1385640-sem)

-vaga-em-abrigo-adolescente-passa-tres-dias-em-conselho-tutelar.shtml>. Acesso em: 6 fev. 2015.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política social: fundamentos e história*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

BERTOLIN, P. T. M.; CARVALHO, S. O trabalho infantil como panaceia: uma desconstrução. In: CARACIOLA, A. B.; ANDREUCCI, A. C. P. T.; FREITAS, A. da S. *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos em comemoração aos 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010. p. 264-277.

BOMBARDA, F. A condição da criança e do adolescente em situação de risco no Brasil: uma leitura histórico-legislativa. Disponível em: <[http://www.alb.com.br/anais17/txtcompletos/sem19/COLE\\_1810.pdf](http://www.alb.com.br/anais17/txtcompletos/sem19/COLE_1810.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2015.

CACCIA-BAVA, A.; FABIANO, E. Conselheiros tutelares na linha de frente da prevenção do abuso sexual. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 19, n. 36, p. 205-220, jan./jun. 2014.

CRUZ, L.; HILLESHEIM, B.; GUARESCHI, N. M. de F. Infância e políticas públicas: um olhar sobre as práticas psi. *Psicologia e Sociedade*, Porto Alegre, v. 17, n. 3, dez. 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822005000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822005000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 6 fev. 2015.

MORELLI, A. J.; SILVESTRE, E.; GOMES, T. M. Desenho da política dos direitos da criança e do adolescente. *Psicologia em Estudo*, v. 5, n. 1, p. 65-84, mar. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v5n1/v5n1a05.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. *Um mundo para as crianças*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2002. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/um\\_mundo.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/um_mundo.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2016.

OLIVA, J. C. G. A.; KAUCHAKJE, S. As políticas sociais públicas e os novos sujeitos de direitos: crianças e adolescentes. *Revista Katálysis*, v. 12, n. 1, p. 22-31, jun. 2009.

PEREZ, J. R. R.; PASSONE, E. F. Políticas sociais de atendimento às crianças e aos adolescentes no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 140, ago. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742010000200017&lng=](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000200017&lng=)

pt&nrm=iso>. Acesso em: 2 fev. 2015.

SMANIO, G. P. A concretização da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes por meio de políticas públicas. In: CARACIOLA, A. B.; ANDREUCCI, A. C. P. T.; FREITAS, A. da S. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos em comemoração aos 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010. p. 61-76.

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2010. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2010/MapaViolencia2010.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.



## Parte IV

# RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS NO CONTEXTO NORMATIVO FAMILIARISTA



## PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

*Martha Solange Scherer Saad<sup>1</sup>*

“Minha mão pequena bate no vidro do carro  
no braço se destacam as queimaduras de cigarro  
A chuva forte ensopa a camisa, o short  
qualquer dia a pneumonia me faz tossir até a morte  
Uma moeda, um passe me livram do inferno  
me faz chegar em casa e não apanhar de fio de ferro  
O meu playground não tem balança, escorregador  
só mãe vadia perguntando quanto você ganhou  
Jogando na cara que tentou me abortar  
que tomou umas cinco injeções pra me tirar  
Quando era neném tentou me vender uma pá de vez  
quase fui criado por um casal inglês  
Olho roxo, escoriação. Porra, o que foi que eu fiz?  
pra em vez de tá brincando tá colecionando cicatriz  
Por que não pensou antes de abrir as pernas?  
Filho não nasce pra sofrer, não pede pra vir pra Terra  
[...]  
O seu papel devia ser cuidar de mim,  
Não me espancar, torturar, machucar, me bater

---

<sup>1</sup> Mestre e Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. Professora de Direito de Família na Pós-Graduação e na Graduação, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa (MackPesquisa) “Violência contra a Criança e o Adolescente: educando agentes transformadores” e Coordenadora do Grupo de Estudos “Família e Felicidade: objeto e objetivo” na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Eu não pedi pra nascer” (“EU NÃO PEDI PRA NASCER”,  
FACÇÃO CENTRAL).

## 1. A ARTE NÃO IMITA A VIDA E A VIDA NÃO IMITA A ARTE

Violência, maus-tratos, *bullying*, humilhação, crueldade contra crianças e adolescentes existem há muito tempo, não apenas na realidade social e familiar, mas também na cultura popular, nos contos da tradição oral e na música. Bela tinha duas “irmãs” más que a maltratavam (“A Bela e a Fera”, original de Gabrielle-Suzanne Barbot de Villeneuve). Branca de Neve, por ser muito mais bonita que sua vaidosa madrasta, foi vítima de maus-tratos e tentativa de homicídio (conto de fadas originário da tradição oral alemã, compilado pelos Irmãos Grimm). João e Maria foram abandonados na floresta pela própria mãe, que não podia sustentá-los (no conto original dos Irmãos Grimm, não há madrasta). Peter Pan não aceitava garotos que envelheciam e os condenava à morte (conto original de J. M. Barrie).

Nas versões modificadas pelos estúdios Walt Disney, os relatos dos contos originais foram adoçados, mas os estereótipos sobressaltam: meninas são princesas lindas, brancas, ricas, magras e geralmente loiras, mães morrem cedo ou abandonam seus filhos, pais não sabem criar filhos sozinhos e logo se casam, madrastas são morenas e más, meio-irmãos são cruéis, princesas sempre são salvas por príncipes ricos, brancos, fortes, e o bem sempre vence o mal sem grande esforço, pois basta ser bonita e esperar o príncipe encantado.

Tiraram-lhe os seus lindos vestidos, vestiram-lhe um vestido muito velho e deram-lhe tamancos de madeira para calçar.

– E agora já para a cozinha! – disseram as irmãs e a madrasta má, rindo.

E, a partir desse dia, a menina passou a trabalhar arduamente, desde que o sol nascia até altas horas da noite: ia buscar água

ao poço, acendia a lareira, cozinhava, lavava a roupa, costurava, esfregava o chão... À noite, extenuada de trabalho, não tinha uma cama para descansar. Deitava-se perto da lareira, junto ao borralho (cinzas), razão pela qual puseram-lhe o apelido de Gata Borralheira (“CINDERELA”, IRMÃOS GRIMM).

As lindas princesas sofriam *bullying*, passavam fome, faziam trabalho escravo, viviam em situação degradante para, ao final, serem salvas. Os contos originais eram mais cruéis, mas ao menos tinham o benefício de ensinar que nem tudo é belo, haverá frustrações e decepções durante a vida, e é necessário fazer esforço para vencê-las. Os malvados, porém, eram severamente castigados com fogo, morte, prisão ou serviam de alimento para dragões.

Crianças sempre foram embaladas com lendas folclóricas e cantigas populares que as ameaçavam com desaparecimento ou a possibilidade de serem devoradas caso fossem desobedientes. O medo da punição faz parte do cotidiano infantil.

Samba Lelê está doente  
Está com a cabeça quebrada  
Samba Lelê precisava  
De umas dezoito lambadas  
Samba Lelê precisava  
É de umas boas palmadas  
(ERNST MAHLE, 1929).

Cai, cai, balão, cai, cai, balão  
Aqui na minha mão  
Não vou lá, não vou lá, não vou lá  
Tenho medo de apanhar!  
(JOSÉ DE ASSIS VALENTE, 1933).

Apesar das cantigas e dos contos, a vida nos molda e ensina a menina a não carregar estereótipos ou esperar pelo príncipe, mas a usar o conhecimento para lutar com seus dragões. Madrastras são mães, não bruxas. A arte não imita a vida, e a vida

não imita a arte. A maldade pode existir em uma e em outra; são exceções, e como tais devem ser tratadas<sup>2</sup>. O poder corretivo e punitivo de pais e responsáveis se transforma, ao longo do tempo, em poder-dever educativo, conduta positiva de orientação e cuidado, caminhando ao lado da responsabilização parental.

O cinema nos ensinou que devemos poupar nossos filhos da crueldade alheia, que, se os mantivermos sob uma redoma de proteção, nada lhes fará mal, porque, no fim, o mal ficará do lado de fora. Infelizmente, às vezes, o mal está dentro de casa<sup>3</sup> e pode resultar desde negligência nos cuidados com a saúde da criança até em espancamento ou abuso sexual.

Há pouco mais de 25 anos, o ordenamento jurídico brasileiro brindou-nos com uma Constituição Federal inovadora que, ao incorporar os princípios da Declaração dos Direitos da Criança (adotada pelas Nações Unidas em 1959), da Declaração de Genebra (1924), da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969) e das Reso-

<sup>2</sup> Notícias disponíveis em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/07/madrasta-confessa-ter-matado-enteado-de-3-anos-no-es.html>>; <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2016-01-20/ela-e-um-monstro-diz-filho-de-mulher-acusada-de-matar-enteada-de-4-anos.html>>; <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2134591/integra-da-sentenca-do-caso-nardoni>>; <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2015/04/um-ano-apos-morte-do-menino-bernardo-julgamento-segue-sem-data.html>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

<sup>3</sup> Exemplo triste e emblemático da negligência de pais ocorreu em 2010 na Coreia do Sul com a morte por desnutrição de uma criança de três meses. Seu nome Sarang, que significa amor, deu origem ao documentário da HBO *Love child* (2014, Estados Unidos-Coreia do Sul, dirigido por Valerie Veatch). Os pais deixaram o bebê sozinho no berço, com mamadeira cujo leite estragou, enquanto permaneciam por 12 horas seguidas em uma LAN house jogando um RPG *multiplayer on-line* chamado Prius. Esse jogo se baseia em vencer várias etapas cuidando de um miniavatar que é justamente uma criança! O jogo foi tirado do ar em 2013. A pena dos pais foi reduzida mediante o argumento de doença mental, por dependência psíquica em jogos da Internet.

luções (41/85 de 1986; 40/33 de 1985; 3.318 de 1974), o que culminou com a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança (as discussões ocorriam desde 1979; entrou em vigor em 1990), proclamou a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente (artigo 227) e equiparou todos os filhos em direitos e qualificações, independentemente da origem. Desse marco jurídico histórico resultou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 – ECA), estabelecendo excepcionais conquistas na implementação de um novo panorama de proteção infantojuvenil.

Anseios humanitários e sociais vêm sendo atendidos pela edição de novas leis, que seguem e incrementam esse caminho protecionista: Lei nº 11.829/2008 (combate à pornografia infantil), Lei nº 13.010/2014 (Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada), Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.185/2015 (Combate à Intimidação Sistemática – Bullying) e Lei nº 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância).

O Código Civil de 2002 extirpou do direito civil o patriarcalismo e suas consequências nefastas à família e às relações parentais. A família tem novos contornos: o pai descobriu que não tem qualquer disfunção neurológica que o impeça de habilmente trocar fraldas; a mãe também disputa o mercado de trabalho e é, muitas vezes, a única provedora do sustento da família. Ao estabelecer a igualdade entre os pais na titularidade e no exercício da autoridade parental, permitiu a efetividade da proteção aos filhos com vistas ao melhor interesse dos infantes e adolescentes no âmbito familiar.

São 59,7 milhões de menores de 18 anos no Brasil (UNICEF, 2015<sup>4</sup>), que deixaram, há muito, de ser considerados objetos passivos da proteção jurídica, tornando-se titulares de direitos humanos fundamentais. São 59,7 milhões de sujeitos de direitos universalmente reconhecidos e de direitos espe-

---

<sup>4</sup> UNICEF. ECA 25 anos: avanços e desafios para a infância e a adolescência no Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015

cíficos provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

## **2. PODER É DEVER: MANDA QUEM PODE, OBEDECE QUEM DEVER**

O poder familiar, nome atribuído pelo Código Civil de 2002 ao antigo pátrio poder, compõe-se dos direitos e deveres que competem aos pais sobre os filhos menores de 18 anos, não emancipados (artigo 1.634, com a redação da Lei nº 13.058/2014). A paternidade e a maternidade conferem, aos pais, o poder jurídico de conduzir os filhos no caminho de seu desenvolvimento. E é esse poder que lhes atribui o direito/dever de fazer escolhas e de tomar decisões que podem afetar, às vezes irreversivelmente, a vida de seus filhos.

O Direito, então, exige mais dos pais. Outorga-lhes a autoridade parental, permite-lhes intervir no desenvolvimento de seus filhos, fazendo escolhas por eles, ora levando-os pela mão, ora empurrando-os a andar sozinhos. Decidir a hora de uma ou outra coisa é parte do poder parental, como o direito de escolher entre alopátia e homeopatia, entre escola pública e particular, balé ou futebol, inglês ou francês, piano ou capoeira. O direito de escolher, mesmo que com objetivo de patrocinar o melhor desenvolvimento físico e mental da criança, encontra limites.

Incumbe, assim, aos pais (biológicos, adotivos ou reconhecidamente socioafetivos) o poder familiar, que é controlado e fiscalizado pelo Estado ao delimitar seu conteúdo e seu alcance e restringir seu exercício no tempo. Na falta dos pais, compete ao guardião ou ao tutor satisfazer as necessidades naturais do ser humano durante a infância: criação, educação, amparo, defesa, guarda e cuidados com seus interesses pessoais (patrimoniais), reais e personalíssimos sem, porém, a titularidade do denominado poder familiar.

Caracteriza-se o poder familiar por ser um direito e um

dever exercidos em prol do bem-estar do menor, sendo imprescritível, inalienável e irrenunciável. Especificamente compete aos pais criar, sustentar, fornecer habitação, vestuário, nome e registro de nascimento, educar, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para casar, viajar ao exterior ou mudar de município, nomear tutor, representá-los ou assisti-los, reclamá-los de detentor indevido, exigir obediência, respeito e serviços apropriados à idade, cuidar de seus interesses pessoais, reais e personalíssimos, assegurando-lhes amparo, defesa, respeito à sua integridade física, psíquica, emocional e moral, aos direitos humanos fundamentais 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, e colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF/88, art. 227, 229 e 230; CC, art. 1.634 – redação da Lei nº 13.058/2014; Lei nº 8.069/90 – ECA; Lei nº 13.010/2014; Lei nº 13.185/2015; Código Penal (CP); Consolidação das Leis Trabalhistas; Lei nº 6.015/73; Lei nº 8.560/92; Convenção dos Direitos da Criança).

A autenticidade jurídica do poder familiar permite aos pais escolhas que influenciarão os destinos de seus filhos, o desenvolvimento físico, psíquico e social do cidadão adulto de amanhã. Escolhas que influem na formação da personalidade e conduta do profissional que trabalhará pelas futuras gerações. Incumbe aos pais de hoje capacitar física, moral, espiritual, intelectual e socialmente os futuros pais e mães, aqueles que conceberão e criarão as futuras gerações.

Não resta dúvida quanto ao descumprimento dos deveres impostos constitucionalmente e pela legislação ordinária e especial, quando pais praticam abuso sexual ou entregam filhas à prostituição; quando alcoolizados queimam crianças com a brasa de cigarro; quando os mantêm acorrentados na ausência paterna; quando obrigam os filhos a atividades inadequadas à sua condição física, como trabalho pesado ou em lugar insalubre; quando submetem os filhos a tratamento prejudicial

pela exposição ao uso de drogas ilícitas; quando os expõem à mendicância ou os abandonam à própria sorte<sup>5</sup>.

O descumprimento dos deveres paternos, bem como o abuso dos direitos, acarreta sanções aos pais, que podem ser suspensos ou destituídos do poder, de acordo com o Código Civil. O artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por outro lado, determina ainda que aos pais ou responsáveis sejam aplicadas medidas de tratamento, como alternativas à suspensão/destituição do poder familiar ou da tutela:

- [...] I – encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
- II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
- VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII – advertência;
- VIII – perda da guarda [...].

Pais são responsáveis por suas escolhas e sua conduta em relação aos filhos. O abuso deste poder ou a ausência de cumprimento dos deveres paternos configura causa de sanções no âmbito civil e no âmbito penal (CC, artigo 1.637; ECA, artigos

<sup>5</sup> TJMT, ED 140915/2015, Relatora: Helena Maria Bezerra Ramos, Julgamento 2.2.2016; TJRS, AC 70044974343, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgamento 19.10.2011; TJDF, AGI 20140020019989 DF 0002009-75.2014.8.07.0000, Relator: Antônio Lopes, Julgamento 4.6.2014; TJMG, AC 10517080080826002, Relator: Fernando Caldeira Brant, Julgamento 2.5.2013; TJSE, AC 2012213194, Relatora: Suzana Maria Carvalho Oliveira, Julgamento 28.8.2012; TJRS, AC 70064596323, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgamento 27.5.2015; STJ, Recurso Especial 757.411 – MG (2005.0085464-3), Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Julgamento 29.11.2005 – DJ 27.3.2006.

24, 129, 130, 155-163, 201, 148 e 199; CP, artigos 121, §§ 4º e 7º, 122, 133, 134, 136, 148, 173, 213, 217, 218, 227, 228, 230, 231, 244-247). A criança e o adolescente, titulares de seus direitos humanos fundamentais, são privados de exercer pessoalmente sua defesa, incumbida a seus representantes legais. Quando esses representantes são os próprios causadores da lesão, podem ser privados temporária ou definitivamente da autoridade sobre os filhos.

A suspensão é sanção que priva temporariamente o genitor do exercício do poder familiar, objetivando preservar os interesses do menor. Pode haver suspensão<sup>6</sup> de todos os atos concernentes ao poder ou de parte deles, em relação a um ou a todos os filhos. As causas que ensejam a suspensão são as relacionadas ao abuso do poder pelos pais, à ausência de cumprimento dos deveres paternos (guarda, educação e sustento, configurando ainda crime de abandono material ou intelectual), à dilapidação dos bens, à condenação do genitor por crime cuja pena exceda dois anos, à crueldade, à exploração de menor, enfim, às lesões à integridade física, psíquica ou moral do filho.

A destituição ou perda do poder familiar é sanção mais severa que a suspensão devido à natureza mais grave da lesão, abrangendo, geralmente, toda a prole. A sentença de destituição resulta na extinção do poder familiar em relação ao pai condenado (CC, artigo 1.635). As causas de perda da autoridade<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> “Ação de destituição/suspensão do poder familiar e/ou aplicação de medidas pertinentes aos pais, guarda, regulamentação de visitas e contribuição para garantir a criação e o sustento de menor. Situação de risco pessoal e social. Suspensão do poder familiar do pai sobre o filho. Aplicação de medidas de proteção à criança. Visitas paternas condicionadas a tratamento psiquiátrico do genitor” (STJ – REsp 776977 RS 2005/0142155-8, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgamento 19. 9. 2006).

<sup>7</sup> O Projeto de Lei nº 2.285/2007, Estatuto das Famílias, estabelece que “perde por ato judicial a autoridade parental aquele que não a exercer no melhor interesse do filho, em casos como assédio ou abuso sexual, violência física e abandono material, moral ou afetivo” e que a perda

estão elencadas no artigo 1.638 do diploma civil: castigos imoderados; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; reincidir nas faltas que acarretam a suspensão.

Estabelece o artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação dada pelas leis nº 12.010/2009 e 13.257/2016, as medidas de proteção aplicáveis sempre que os direitos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua própria conduta. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. A autoridade competente poderá determinar, entre outras, as medidas indicadas a seguir, preferencialmente aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, e que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e substituídas a qualquer tempo.

- [...] I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV – inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

---

da autoridade parental acarreta a perda dos direitos sucessórios em relação ao filho (artigo 94); estende ao novo cônjuge ou convivente ou parceiro do genitor, a título de colaboração, os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental (artigo 91); e determina ainda que “é possível o restabelecimento da autoridade parental por meio de decisão judicial” (artigo 95). Esta última disposição me parece temerária, considerando que o menor já estará sob guarda, tutela ou adoção, integrado socioafetivamente à família substituta.

- VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII – acolhimento institucional
- VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX – colocação em família substituta.

### 3. É DE PEQUENINO QUE SE TORCE O PEPINO

Entre os exemplos de abuso de autoridade, que acarreta perda do poder familiar, encontra-se o castigo imoderado. Não se preocupou o legislador, quer do Código Civil de 2002, quer da legislação especial, em retirar da autoridade parental o poder de castigar moderadamente os filhos, simplesmente porque a conduta abusiva já é objeto de sanção civil, de tipificação e punição no Código Penal (lesão corporal e maus-tratos) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 18, 98, II, 225 et seq.).

Longe vai o tempo em que crianças eram *res*, coisa, pertencente ao *pater família*, desincorporadas da condição infantil, distinguidas dos adultos apenas pelo vestuário. Situações outrora rotineiras, incorporadas à cultura, aceitas e até incentivadas, tornam-se objeto de desaprovação social e depois de proibição legal. Castigos vestidos de técnicas educativas, como ajoelhar sobre grãos de milho, proibição de jantar, açoitamento com couro de afiar navalhas, cárcere privado em armários ou porões, são alguns exemplos de rotinas educativas que visavam à obediência pela total subordinação.

Quem se nega a castigar seu filho não o ama;  
quem o ama não hesita em discipliná-lo (PROVÉRBIOS 13:24,  
BÍBLIA).

A antiga relação de dominação absoluta dos pais e subordinação incondicional dos filhos foi substituída pela de autoridade e necessidade. Assim, a autoridade dos pais deve ser exercida em função das necessidades dos filhos. Analisar o conteúdo

dessas necessidades, e atender a elas, é atributo contido no conceito de autoridade paterna e materna. O fato gerador da família é o afeto; a paternidade e a maternidade nascem dele e têm o objetivo de distribuí-lo.

O advento da Lei nº 13.010/2014 (Lei Menino Bernardo) despertou muita polêmica em razão do texto alterado no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 18-A), havendo interpretação de que o castigo, quer moderado, quer imoderado, estava então proibido. Referida lei reconhece a crianças e adolescentes o direito de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto. Considera castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física que resulte em sofrimento físico ou lesão.

Lesão corporal é locução técnico-jurídica que significa ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (CP, artigo 129). Sofrimento físico tem alcance mais largo, mas também mais subjetivo. “Em que medida um tapa é significativo? [...] Uma palmada pode não ser considerada sofrimento físico”, explica o criminalista e professor Alamiro Velludo Netto à *Folha de S.Paulo* (RODRIGUES; TOMÉ, 2014). Acrescenta que a penalização do responsável deve ocorrer quando este ultrapassar os limites do razoável.

O castigo, inserido no poder de correção e disciplina do genitor, “é aceitável como instrumento de educação e de garantia do respeito e obediência devidos pelo filho” (SANTOS NETO, 1994, p. 189). É inaceitável, todavia, a falta de moderação, a utilização de tortura psicológica ou a lesão física, o abuso do *jus corrigendi*<sup>8</sup>, sendo necessário verificar a idade e o desenvol-

---

<sup>8</sup> “APELAÇÃO CRIMINAL. Crime de tortura. Sentença condenatória. Defesa pretende a nulidade por ausência de fórmulas e termos; no mérito a absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação para maus tratos e/ou redução da pena. – Rejeitadas as questões prejudiciais. Não apreensão da faca e ausência de exames peri-

vimento físico e psíquico da vítima do abuso e seu sofrimento. Não se configura abuso decorrente do *jus disciplinandi* a utilização de “meios corretivos com o escopo de educar, ensinar, tratar ou custodiar” (TJ-DF – APR: 20120710057493, Relator: José Guilherme, Julgamento: 16.4.2015). Diferentemente, quando se verifica o dolo na prática da lesão ao exercer o poder de correção dos filhos, pois a educação infante-adolescente “é incompatível com agressões físicas, notadamente as verificadas nos autos com emprego de esganadura e mordida” (TJ-SP-APL: 00037588620148260554, Relator: Rachid Vaz de Almeida, Julgamento: 12.11.2015).

Lesão corporal de natureza leve, no âmbito familiar. Recurso defensivo. Absolvição. Possibilidade, diante da hipótese do exercício regular de direito “*jus corrigendi*”. Provimento (TJ-SP – APL: 00051058920118260157, Relator: Eduardo Abdalla, Julgamento: 19.10.2015).

A Lei Menino Bernardo, que complementa o Estatuto da Criança e do Adolescente prevendo a atuação do poder público na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, não reprimiu ou proibiu o castigo moderado. Constituiria ofensa à lei segurar com energia o braço

---

ciais suprimidas por outros elementos de prova. Inteligência do art. 167 do CPP. No mérito incabível a absolvição ou a desclassificação para maus tratos. As provas, oral e material, incriminam a ré sobremaneira. Negativa erigida restou infirmada pelas declarações de duas testemunhas, e também pelas fotografias anexadas nos autos. Reveladas marcas na cabeça e tronco da vítima que convergem com as agressões noticiadas na denúncia, e com o relato da própria vítima quando ouvida na fase extrajudicial. *Jus corrigendi* ou *disciplinandi* não caracterizado. Vítima sofreu intenso sofrimento físico e moral. Inatendível o pedido de desclassificação para maus tratos. [...]” (TJSP – APL 00031980420128260300, Relator: Péricles Piza, Julgamento 14.12.2015).

da criança que intenta atravessar a rua inadvertidamente ou restringir o uso do computador ou do *videogame* ao filho que apresenta notas baixas, ou ainda proibi-lo de determinado lazer consistente em festa ou atividade esportiva, como meio de punição por mau comportamento?

É direito dos pais exigir que os filhos menores lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (CC, artigo 1.634, IX). Espancar o filho, pela desobediência a uma regra familiar, é crime, punido pela lei penal e é causa de perda do poder familiar (CP, artigos 129 e 136; CC de 2002, artigo 1.638); castigá-lo com a proibição de assistir ao seu programa favorito de TV não é tratamento cruel. É educar; é ensinar que bom comportamento e respeito são obrigatórios, na infância ou na fase adulta, e que mau comportamento é passível de punição; que regras existem para ser cumpridas; que todos estão sujeitos a regras de conduta na vida em sociedade e que o descumprimento acarreta consequências ao infrator e prejuízo a terceiros, “pois a seriedade e a energia são indispensáveis a bem do edificante à formação desses filhos” (MANFRÉ; MOTTA, 2015, p. 253). Outra interpretação resultaria em aplicar ao Judiciário a tarefa de tabular, por meio de perícia e caso a caso<sup>9</sup>, níveis de degradação, humilhação, ridicularização ou sofrimento em razão da palavra usada pelos pais ao repreenderem, da importância do lazer não permitido, da força da palmada, do peso/altura do responsável, da estatura física/idade da criança, do local público ou privado onde ocorre a repreensão, e até do olhar mais ou menos ameaçador do pai.

#### 4. A PSEUDOCAPACIDADE DO EMANCIPADO

---

<sup>9</sup> “Os limites do direito de corrigir são elásticos. Não se pode com qualquer pancada dar por caracterizada o excesso em seu uso. Hão de ser considerados também o nível social do acusado e a intensidade de peraltice da vítima” (RT 567/537).

Reflexão também necessária é a que se refere à condição do emancipado (CC, artigo 5º; ECA, artigo 148, parágrafo único, e). A incapacidade dos menores de 16 anos é absoluta, e a dos menores entre 16 e 18 anos, relativa (CC, artigos 3º e 4º). A capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil tem termo inicial aos 18 anos, idade em que a ciência afirma haver maturidade física, psíquica e emocional para agir de modo consciente e responsável. Considera-se criança, para os efeitos da Lei nº 8.069/90, a pessoa com até 12 anos de idade incompletos; e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos. Apenas excepcionalmente se aplica o Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade, em razão de medida socioeducativa e na qualidade de adotando sob guarda ou tutela ao completar a maioridade civil.

O direito considera, ainda, outros fatores como desencadeantes da percepção de capacidade que, mediante sua existência comprovada, repercutem na excepcional cessação da incapacidade pela concessão dos pais ou por sentença do juiz; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

Nos termos do artigo 1.635 do Código Civil de 2002, a emancipação extingue o poder familiar, não mais sujeitando a pessoa menor de 18 anos à autoridade de um responsável legal. Desta assertiva, cabe explicar que, a partir da emancipação, não há para o outrora relativamente incapaz qualquer direito ou dever decorrente do poder familiar, no âmbito pessoal ou patrimonial, tornando aquela pessoa plenamente capaz de gerir sua vida e administrar patrimônio próprio ou alheio.

Uma vez cessada a incapacidade pelo casamento, por exemplo, realizado sob suprimento judicial de idade em razão de gravidez, aos 15 anos, o emancipado poderá, pessoalmente: praticar negócio jurídico válido, celebrar testamento e qualquer contrato, exercer atividade empresarial e responder pelas obrigações decorrentes não incidindo suspensão da prescrição,

opor impedimento matrimonial, divorciar-se e casar novamente, estabelecer união estável, realizar pacto antenupcial por escritura pública para escolha de regime de bens, reconhecer filho, exercer guarda, tutela, curatela, tomada de decisão apoiada e consequentemente exercer direitos e deveres sobre os pupilos e poder familiar sobre os próprios filhos, inclusive representando ou assistindo judicial ou extrajudicialmente, bem como cumprir com o dever de sustento a seus dependentes e obrigação alimentar a parentes. A aquisição de capacidade pela emancipação, todavia, não lhe confere o poder de adotar, permissão concedida não em virtude de capacidade, mas de idade: *podem adotar os maiores de 18 anos* (ECA, artigo 42).

A cessação da incapacidade induz à subtração de sua condição de protegido pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações protetivas? Se o critério do Estatuto da Criança e do Adolescente é etário, o da incapacidade civil também o é; emancipação é meio excepcional de aquisição de capacidade. Que fundamento haveria em atribuir proteção e todos os direitos fundamentais específicos de adolescentes a quem já é plenamente capaz e tem, por força do casamento, dever de sustento e proteção do cônjuge e dos próprios filhos? O emancipado pelo casamento, ainda que menor com 15 anos que obteve suprimento judicial de idade, muda também de categoria, passando de adolescente para adulto, ou permanece na condição de adolescente, porém capaz? Se assim for, ainda se sujeita à proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente? Capacidade e idade são condições diferentes.

A emancipação não implica a faculdade de exercer todo e qualquer direito ou dever, não acarreta imputabilidade do réu (CP, artigo 27), não restringe o direito de ser adotado sob a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 2º, parágrafo único, e 40). Ser emancipado não torna o adolescente adulto e não o capacita para, exemplificativamente, obter habilitação para dirigir (Lei nº 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro –, artigo 140, I), a qual está vinculada à imputabilidade

penal para responsabilização pelos crimes de trânsito que venha a cometer; bem assim como não afasta o impedimento para aquisição de jogos eletrônicos, DVD, jogos RPG etc., e ingresso em casas comerciais de jogos, *shows* e espetáculos noturnos com classificação etária proibitiva (Portarias do Ministério da Justiça nº 1.220/2007 e 1.100/2006), ou para adquirir bebidas alcoólicas e produtos que causem dependência física ou química, armas, munições e explosivos, bilhetes lotéricos, revistas com conteúdo impróprio (ECA, artigos 74-83; Lei nº 11.343/2006), ainda para se candidatar a certos cargos elegíveis, como membro do Conselho Tutelar (ECA, artigo 133), Vereador, Deputado, Juiz de Paz, Prefeito, Governador, Senador e Presidente, variando a elegibilidade mínima de 18 a 35 anos (CF/88, artigo 14, VI)). Inclusive para tomar posse em determinados concursos públicos é exigida idade específica, mas o princípio da razoabilidade tem levado os tribunais a aceitar a emancipação de menor aprovado em concurso para posse em cargo público<sup>10</sup>. O Código Penal utiliza critério etário para configurar vítima de determinados crimes ou autor, portanto, sendo menor de 18, está sujeito à condição de vítima dos crimes pertinentes, embora seja civilmente capaz.

Segundo o relatório *State of world population 2013 (Situação da população mundial 2013)*, publicado pelo United Nations Population Fund – Unfpa (2013) – Fundo de População das Nações Unidas, anualmente, há 7,3 milhões de novas mães adolescentes, das quais dois milhões têm menos de 15 anos. A cada dia, 20 mil adolescentes com menos de 18 anos dão à luz em países em desenvolvimento, e outras 70 mil morrem de causas relacionadas à gravidez. Nove em cada dez desses nascimentos ocorrem dentro de um casamento ou de uma união. No Brasil, em 2010, 12% das adolescentes de 15 a 19 anos possuíam pelo menos um filho (em 2000, o índice para essa faixa etária era de

---

<sup>10</sup> Cf. Agravo de Instrumento 2010 00 2 018577-1 AGI. TJDF. Relator: Flavio Rostirola. Publ. 1º.2.2011. Disponível em: <<http://tj-df.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/18009115>>. Acesso em: 25 mar. 2015. Ver também Araújo (2008).

15%), e, em 2012, houve 30 mil nascimentos apenas das mães com idade inferior a 15 anos.

Adolescentes que se tornam pai e mãe têm a titularidade do poder familiar, mas não seu exercício. A responsabilidade pelo recém-nascido é da mesma pessoa responsável pelo genitor menor (tutor, curador, pais, guardião), salvo decisão contrária. Sendo, porém, emancipado o pai, resume em si tanto a titularidade quanto o exercício do poder familiar. Resta, então, refletir sobre o uso de tratamento cruel, violência, abuso, inadimplência de deveres, abandono material, intelectual, crimes de maus-tratos etc., praticados pelo emancipado contra seu próprio filho. No campo civil, as consequências devem ser as mesmas aplicáveis a pais adultos, sofrendo suspensão ou destituição do poder familiar, podendo ser responsabilizado pelos danos materiais e morais causados à prole. Os pais do emancipado permanecem responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelo filho adolescente capaz (!) como vêm decidindo os tribunais<sup>11</sup>. Na esfera penal, entretanto, a emancipação não gera imputabilidade. A autoria de violência praticada pelo adolescente emancipado contra seu próprio filho sujeita o infrator às medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outras questões que devem ser analisadas sob a ótica do tratamento diferenciado referem-se à autorização para viagem e para hospedagem. Com relação ao consentimento para viagem, a regra do artigo 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente estipula que, em viagem do adolescente ao exterior, a autorização do responsável é dispensada se aquele estiver acompanhado

---

<sup>11</sup> “RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMANCIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. VERBA SUCUMBENCIAL. Veículo do autor que teve sua pista invadida pelo veículo conduzido pelo primeiro requerido e de propriedade do terceiro. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. A emancipação não afasta a responsabilidade dos pais por ato ilícito praticado pelo filho” (TJRS. AC 70014159685, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgamento 28.6.2006).

deste, mas, se desacompanhado de um ou dos dois pais, a estes incumbe conceder ou negar consentimento (CC de 2002, artigo 1634, IV, com redação da Lei nº 13.058/2014). O artigo 6º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 131/2011 dispensa a autorização de pais suspensos ou destituídos do poder familiar. Do mesmo modo, portanto, há que se conduzir diante da extinção do poder familiar pela emancipação: adolescente emancipado pode viajar sozinho ao exterior e ainda autorizar seus próprios filhos a similar viagem.

Os pais devem ainda acompanhar as crianças e os adolescentes ou autorizar sua hospedagem em hotel, motel, pensão ou congêneres. O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 82) teve por escopo proibir prática sexual ou prostituição por criança ou adolescente em estabelecimentos de hospedagem, “e não o controle do poder familiar”<sup>12</sup>. Entretanto, se o menor emancipado pode viajar desacompanhado e sem autorização, fere a lógica jurídica exigir-lhe restrições para hospedagem em hotel, motel ou congêneres<sup>13</sup>. Seguindo o raciocínio anterior, sendo o adolescente emancipado e não mais sujeito ao poder familiar, não há que se exigir autorização de quem não tem mais o poder para tanto. Assim também o é para casar: se o nubente menor de 18 anos pode ser emancipado pelo casamento, então o emancipado por outra causa pode se casar sem autorização dos pais ou responsáveis.

Concluir que o emancipado é sujeito da proteção estatutária em qualquer situação, por ainda pertencer à categoria adoles-

<sup>12</sup> Coordenadoria da Infância e da Juventude. Protocolo CIJ nº 145944/10. De 15/dezembro/2010. Juízes Luiz Carlos Ditommaso e Eduardo Rezende Melo. Disponível em <[http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=28684](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=28684)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>13</sup> Rogério Meneses Fialho Moreira, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada de Direito Civil do CJF. Disponível <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-da-vi-jornada-de-direito-civil-orienta-sobre-a-emancipacao-de-menores>. Acesso em: 12 jun. 2015.

cente, em razão de a lei especial ter adotado critério etário, ou, em sentido contrário, concluir pela negativa, deve ser fruto de reflexão e bom senso. Há, no entanto, causas de emancipação em que não se requer verificação de desenvolvimento físico, biológico, psíquico e emocional, portanto, estando ainda em idade inferior a 18 anos, vislumbra-se a necessidade de submissão às normas especiais de proteção, advindas não só do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também das emanadas dos Juizados da Infância e Juventude e das Portarias do Ministério da Justiça, conforme se infere do Enunciado da VI Jornada de Direito Civil – do Conselho da Justiça Federal (CJF) – nº 530, referindo-se ao artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil: “A emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente”, e respectiva fundamentação<sup>14</sup>:

A emancipação, em que pese assegurar a possibilidade de realizar pessoalmente os atos da vida civil por aqueles que não alcançaram a maioridade civil, não tem o condão, isoladamente considerada, de afastar as normas especiais de caráter protetivo, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente insere-se em um contexto personalista, garantindo tutela jurídica diferenciada em razão da vulnerabilidade decorrente do grau de discernimento incompleto. Assim, a antecipação da aquisição da capacidade de fato pelo adolescente não significa que ele tenha alcançado necessariamente o desenvolvimento para afastar as regras especiais.

Saliente-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa à proteção da pessoa em idade inferior a 18 anos, inferindo-se que emancipados estão abraçados por essa proteção. Em maio de 2010, a mídia noticiou (TOMAZ, 2010) o caso da atriz adolescente emancipada que, atuando no musical *O despertar da primavera*, mostrava os seios e simulava um ato sexual. Na ocasião, o juiz da Vara Central da Infância e da Juventude, Adalberto Camargo

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web/view>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

Aranha Filho, comentou que a emancipação permite ao adolescente ter alguns direitos civis de adultos, mas que a participação em espetáculos públicos demanda autorização judicial (ECA, artigo 149), não obtida previamente no caso. A defesa de uma das empresas responsáveis pelo musical discordava, alegando que Malu Rodrigues era menor legalmente emancipada pelos pais e não necessitava de alvará. Em São Paulo, o promotor Tales Cezar de Oliveira, do Departamento de Execução da Infância e Juventude, afirmou que “a emancipação tira apenas o poder familiar dos pais sobre ela, mas não tira o poder da Justiça sobre a adolescente”. Menor emancipado não se transforma em maior de idade, continua menor. Ao apresentar o musical no Rio de Janeiro, outra empresa que também participava do espetáculo requereu e teve o alvará concedido para as apresentações com a atriz, nos meses anteriores.

## **5. AFINAL, CAUTELA E CALDO DE GALINHA NUNCA FIZERAM MAL A NINGUÉM**

Na atribuição do poder familiar, os pais praticam o exercício regular de direitos e deveres reconhecidos e impostos por lei. Pode ocorrer, no entanto, que, de tal exercício, resulte prejuízo ao desenvolvimento da criança. Seja em decorrência da tutela, seja do poder familiar dos pais biológicos ou dos adotivos, o comportamento dos que detêm a autoridade sobre o menor e os direitos e deveres que dela emergem pode ser lesivo ao filho ou pupilo. Vale considerar a teoria do abuso de direito, que gera indenização pelos prejuízos causados.

Assim, imposição de trabalho impróprio ou abaixo da idade permitida, incentivo à prática de delitos, convívio em ambientes de moral duvidosa, privação de alimentos, tortura psicológica, abuso de meios corretivos, abandono material, moral e intelectual, e toda e qualquer forma de lesão à integridade física, psíquica ou moral do menor ou do incapaz constituem

maus-tratos e fazem ainda surgir a responsabilização de seu impetrante, com reflexos inclusive na esfera criminal, em vista da natureza da relação decorrente do poder familiar, da guarda e da tutela, bem como da curatela. A lesão aos direitos humanos e da personalidade da criança e do adolescente será não apenas uma lesão genérica, como também sociológica, psíquica, moral e espiritual, pois trará prejuízos à formação de sua personalidade e de seu desenvolvimento pessoal.

No âmbito civil, além de caracterizar-se a inaptidão para o exercício e a titularidade do poder paterno, configura prática de ato ilícito do qual emerge a responsabilidade civil e, com ela, o dever de reparar o menor por danos materiais e ou morais.

CC, art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É, portanto, direito da criança ou do adolescente promover ação de reparação pelos danos materiais, psíquicos e morais sofridos em decorrência de ato ou comportamento lesivo comissivo ou omissivo advindo de qualquer pessoa física ou jurídica, privada ou pública. A indenização, ao lado das sanções previstas na legislação civil, penal e estatutária, tem o condão de tentar ao menos recompor o efeito lesivo. Afinal, a ação ou omissão culposa que viola direito e causa dano, ainda que moral, é ato ilícito e como tal gera indenização pelo dano causado.

Se a indenização, por si, não pode fazer retroceder o mal causado, pode ao menos compensar, pelo surgimento da possibilidade de pagar, com o valor indenizado, o adequado tratamento psicológico, médico, odontológico etc., minimizando os efeitos da lesão, além de possuir também caráter punitivo ao agente causador do dano, por ser um instrumento hábil a refrear a in-

tenção de manter ou renovar o comportamento lesivo. Não se trata de indenização pelo desamor, mas pela omissão do cuidado e da convivência familiar<sup>15</sup>, pelo ato comissivo de tratamento cruel ou maus-tratos físicos.

Os direitos da criança e do adolescente são reconhecidos mundialmente como direitos universais, oponíveis *erga omnes*. O reconhecimento das necessidades humanas para a construção sadia da personalidade infantil afetou substancialmente a criação de filhos e a educação em escolas, substituindo autoritarismo por autoridade, punição por educação, imposição de ideias e condutas por ensino e aprendizagem.

Ao tratar da proibição do castigo físico, a Lei nº 13.010/2014 não explicita o significado e o alcance da expressão, o que levou os intérpretes ao entendimento equivocado de que punir o mau comportamento do jovem ou da criança que agride verbal ou fisicamente familiares, colegas ou autoridades é conduta para a qual se lhe poderia aplicar apenas simples repreensão verbal, posto que não haveria sanção física ou privativa de direito. Não é esse o escopo da lei. A chamada Lei da Palmada objetiva evitar que as punições aplicadas por pais ou responsáveis sejam exageradas e desequilibradas. O objetivo da lei é educativo, formador de comportamento social. Até porque já há tipificação e punição na legislação penal para quem pratica maus-tratos, lesões corporais, exposição de criança ou adolescente a atos lascivos, tortura e outros. A rede legislativa nacional tem ampla

<sup>15</sup> Referência à Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010 – e às decisões de indenização por abandono afetivo parental. “FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico” (REspecial 1.159.242 1 – SP (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, Julgamento 24.4.2012).

aplicação, abrangendo de modo efetivo a proteção da infância e adolescência.

Considerar toda forma de castigo ou punição como *sofrimento físico ou tratamento cruel ou degradante* levaria a autoridade parental a uma inadequada submissão à ingerência pública na família, e o Judiciário a uma demanda exacerbada que, ademais, ainda que não verificado o excesso, causaria significativa ruptura nos laços afetivos familiares. A Lei Menino Bernardo não estabelece crimes ou punições, e suas normas têm caráter pedagógico. Resta ao poder público a implantação de campanhas de conscientização. Somente a conscientização pode enriquecer o espírito humano no reconhecimento e na defesa do exercício da dignidade infantojuvenil. Crianças e adolescentes merecem tratamento especial em razão de sua própria individualidade diferenciada.

Educar é preciso, amar é preciso. A expressão do amor parental instrumentalizada no cuidar, na transmissão de valores morais e cívicos, na imposição de medidas coercitivas de conduta e nas eventuais privações de lazer é imprescindível à formação do caráter do futuro cidadão responsável. A educação é também necessariamente obtida pelas frustrações, pela exigência de respeito à singularidade do outro e ao patrimônio alheio, à autoridade e às instituições. Punir o desrespeito pelo ser humano, pelos animais, pela sociedade, enfim, é educar. Bom senso e moderação são essenciais. Ensinar o filho a ter sentimentos pelo mundo que o rodeia é, especialmente na visão do *amor mundi* de Hannah Arendt (1983), educar para a realização do ser humano no mundo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE DE SOUZA, L. Direitos humanos das crianças e adolescentes e o castigo corporal. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/i\\_violencia\\_abuso\\_ex](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/i_violencia_abuso_ex)

ploracao\_sexual/vaes\_doutrina\_violencia\_abuso/artigo\_castigo%20corporal\_drlandolfo.doc>. Acesso em: 6 set. 2015.

ARAÚJO, D. C. de. A emancipação civil e suas relações com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28430-28441-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

ARENDE, H. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. *Saúde Brasil 2013: uma análise da situação de saúde e das doenças transmissíveis relacionadas à pobreza*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2014.

LONGO, C. da S. Ética disciplinar e punições corporais na infância. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v16n4/v16n4a06.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

MANFRÉ, J. A. E.; MOTTA, C. D. Poder familiar: aspectos atuais de direito material e processual à luz das recentes alterações legislativas. In: ANDREUCCI, A. C. P. T.; CARACIOLA, A. B.; JUNQUEIRA, M. A. *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos*. São Paulo: LTr, 2015.

MOREIRA, R. M. F. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada de Direito Civil do CJF. Disponível <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-da-vi-jornada-de-direito-civil-orienta-sobre-a-emancipacao-de-menores>. Acesso em: 12 jun. 2015.

RODRIGUES, A.; TOMÉ, P. I. Lei da Palmada não proíbe palmada, dizem advogados. *Folha de S.Paulo*, 6 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465898-lei-da-palmada-nao-proibe-palmada-dizem-advogados.shtml>>. Acesso: 10 maio 2015.

SANTOS NETO, J. A. de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TOMAZ, K. Garota de 16 anos que exhibe seio em peça atuou em SP sem alvará judicial. *G1*, 8 maio 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/05/garota-de-16-anos-que-exibe-seio-em-peca-atuou-em-sp-sem-alvara-judicial.html>>. Acesso: 10 mar. 2015.

UNICEF. A convenção sobre os direitos da criança. Disponível em:

<[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. ECA 25 anos: avanços e desafios para a infância e a adolescência no Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

UNITED NATIONS POPULATION FUND. *State of world population 2013*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/EN-SWOP2013-Report-Final.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

ZANETTI, S. A. S.; GOMES, I. C. A “fragilização das funções parentais” na família contemporânea: determinantes e consequências. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v. 19, n. 2, p. 491-502, dez. 2011. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2011000200012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2011000200012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

# A “LEI DA PALMADA” EM FACE DA TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

*Rodrigo Amaral Paula de Méo<sup>1</sup>*

“A criança é odiada e maltratada por ser um desafio permanente – e muito perigoso – a todas as nossas queridas verdades eternas – e a nossos sagrados e maravilhosos costumes. Por isso, aliás, e incidentalmente, nós a matamos. Com muito amor – é claro – e inteiramente para o bem delas. Que fariam – lindas, prazenteiras e felizes – em um mundo de poderosos que nem sorrir se permitem?” (GAIARSA, 2015, p. 115).

## 1. INTRODUÇÃO

Em 26 de junho de 2014, foi publicada a Lei nº 13.010, também já conhecida popularmente pelas alcunhas de “Lei da

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Civil da Universidade de São Paulo (USP) e graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do Grupo de Estudos Família e Felicidade da Faculdade de Direito da UPM, pesquisador do Grupo de Pesquisa em Biodireito e Bioética (Gepebio) da Faculdade de Direito da USP, redator de artigos jurídicos e advogado.

Palmada” ou “Lei Menino Bernardo”<sup>2</sup>, com a missão de disciplinar o exercício das punições aos menores de idade, bem como de garantir-lhes o afastamento de tratamento indigno, por parte daqueles aos quais estejam subordinados em termos de educação e cuidados.

A referida norma foi recepcionada com notável inquietação pela sociedade, sobretudo por parte do amplo rol de pessoas às quais se destina – abrangência já insinuada e que será analisada com maior profundidade doravante –, pois, segundo muito se ouviu (quer no âmbito das relações pessoais, quer até mesmo em função da ampla repercussão da novidade legislativa nos meios de comunicação), questionou-se primordialmente acerca da eventual ingerência estatal na esfera privada dos cidadãos.

O propósito do presente capítulo é investigar se a edição da lei em comento efetivamente pode ser caracterizada como um abuso do poder público ou se a sua incorporação ao conjunto brasileiro de regramento encontra o necessário respaldo jurídico e social, tornando-a possível em termos formais, sob a égide legislativa, e necessária, do ponto de vista do direito material.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Apresentação da norma e outras considerações legislativas**

A legislação brevemente comentada promoveu a alteração de outras duas normas de relevância para o direito brasileiro, a saber: o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), visando “estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante”, e a Lei de Dire-

---

<sup>2</sup> Em homenagem ao menor Bernardo Boldrini, que faleceu em função de maus-tratos promovidos pelo pai e pela madrasta, em abril de 2014, segundo apontaram as investigações.

trizes e Bases – LDB (Lei nº 9.394/96), no sentido de inclusão, nos currículos escolares, com a produção e distribuição do material didático pertinente, de “conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente”.

Mais especificamente quanto à estruturação do texto legal, nele estão compreendidos apenas quatro artigos, sendo o último referente apenas à publicação da norma; o penúltimo, ao incremento da abordagem em termos educacionais (LDB), nos termos já mencionados; e os dois primeiros, portanto, trazendo as prometidas alterações estatutárias (ECA), mediante a inclusão das letras “A” e “B” no corpo do artigo 18 e somente da primeira letra em relação ao artigo 70, além da modificação do artigo 13, todos pertencentes àquele mesmo diploma.

Sob pena de imprecisão, há também que se mencionar que o artigo 2º da Lei nº 13.010/2014 se dispunha ainda, em sua redação original, a modificar o artigo 245 do ECA, mas a tentativa esbarrou em mensagem de veto, justificada, notadamente, pelo entendimento de que a ampliação do rol de “profissionais sujeitos à obrigação de comunicar à autoridade competente os casos”, que era a expectativa inicial, geraria obrigações a pessoas destituídas de “habilitações específicas”.

Do novo artigo 18-A, por sua vez, vale ressaltar a opção do legislador em dividir, nos dois parágrafos subsequentes, os conceitos de “castigo físico” e “tratamento cruel ou degradante”, o que, em termos pragmáticos, talvez pudesse ser interpretado como uma cisão entre as violações aos atributos materiais e imateriais, respectivamente – muito embora seja inquestionável que a agressão física, por si própria, já enseje prejuízo também aos direitos subjetivos.

Outro aspecto interessante a respeito do dispositivo legal em questão está relacionado à vedação da prática dessa espécie de comportamento violento não somente por parte dos pais (ou a quem lhes faça as vezes, no âmbito familiar), mas também pelos “integrantes da família ampliada”, “responsáveis”,

“agentes públicos executores de medidas socioeducativas” ou ainda por “qualquer pessoa encarregada de cuidar deles” (dos menores), “tratá-los, educá-los ou protegê-los”. Isto é, busca-se a tutela plena, com foco bem definido na primazia do melhor interesse do menor, outra vez por meio de uma dilação das figuras envolvidas tanto abrangente quanto possível, e desta vez bem-sucedida, porque aceita integralmente no texto da norma.

Quanto ao igualmente inédito artigo 18-B, estipula sanções, de maneira não exaustiva, em face do descumprimento da conduta preservada pelo dispositivo legal anterior, as quais, com exceção da advertência, estão relacionadas a programas de tratamento familiar, dos pais e da criança, segundo a gravidade do caso concreto, cabendo ser aplicadas pelo Conselho Tutelar, nos termos do parágrafo único.

Eliane Brum (2010), além de ser uma notável jornalista, é também mãe e sentiu-se incomodada com a edição da norma, tanto que dedicou sua coluna semanal a criticá-la com veemência. Para a articulista, certamente acompanhada em seu ponto de vista por relevante número de cidadãos, um dos motivos pelos quais a referida lei é “um total disparate” se deve ao fato de que permitiria tachar de “criminosos” os pais que adotam palmadas ou outras formas “moderadas” de castigo físico como método corretivo<sup>3</sup>, opinião que, no entanto, não se sustentaria, em nossa opinião, diante do espírito das sanções, muito mais pedagógicas do que propriamente punitivas.

No que diz respeito ao artigo 70-A, visa estabelecer políticas públicas com a finalidade de coibir a ocorrência dos atos execrados pela norma, por meio de uma série de distintas ações, listadas em seis parágrafos e que deverão ser promovidas, de modo articulado, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Ainda mais relevante, em nosso ponto

---

<sup>3</sup> Dentre os castigos físicos utilizados além da palmada, é também observado o uso de instrumentos como cinto, chinelo, vara e tantos outros quantos caibam na imaginação e estejam ao alcance do agressor no momento da prática da violência.

de vista, porque de caráter eminentemente prático, é a distinção prevista pelo parágrafo único do dispositivo legal em comento quanto ao estabelecimento de prioridade de atendimento das famílias das crianças e dos adolescentes com deficiência em função das mesmas políticas públicas.

Por fim, o artigo 13 do mesmo ECA inova no que diz respeito à redação vigente antes da modificação normativa graças à inclusão das já mencionadas expressões “castigo físico” e “tratamento cruel ou degradante” ao lado do termo “maus-tratos”, devidamente mantido, já que todos os casos de tais modalidades, suspeitos ou confirmados, deverão ser obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar competente.

Nesse sentido, o legislador contemporâneo demonstra a sensibilidade de discernir conceitos que eventualmente poderiam soar como sinônimos à parcela considerável da sociedade e – por que não? – até mesmo para muitos juristas.

Mas, onde, exatamente, residiria a diferença entre tais termos?

Em sua referencial obra *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*, Viviane Nogueira de Azevedo Guerra (2005, p. 80) observa que somente o Código Penal vigente (da década de 1940) coíbe os castigos imoderados, mas nada especifica quanto aos castigos moderados – logo, mais afeitos à ideia que normalmente se faz da palmada ou de outras punições pretensamente menos severas –, e os dois diplomas legais anteriores da mesma lavra (das décadas de 1890 e 1830) até mesmo permitiam expressamente a realização destes últimos.

Ainda conforme a digressão da autora, não parece ser muito diferente a situação legislativa alheia ao âmbito penal, eis que nem o primeiro “Código de Menores” (de 1927), responsável por introduzir a temática da violência contra crianças e adolescentes no país, nem seu sucessor (de 1979) tenham sido suficientemente claros no tratamento do assunto, até que o atual ECA finalmente tenha trazido modificações favoráveis à vedação da violência e dos maus-tratos, tanto em termos

preventivos quanto punitivos, mas, mesmo assim, novamente, sem disciplinar a realização dos castigos moderados, motivo pelo qual são enxergados em sua lição como “juridicamente permitidos” diante das referidas omissões normativas (GUERRA, 2005, p. 80).

No exterior, sobretudo em países cujas sociedades são consideradas pós-industriais, já se desenvolveram (ou estão sendo desenvolvidas) legislações a respeito do tema, merecendo destaque a experiência sueca, que já originara uma lei nesse sentido em 1979, tendo sido acompanhada de “programas educativos intensos” (GUERRA, 2005, p. 38).

Antes, contudo, de se tratar da especificação das normas internacionais sobre tutelas específicas no âmbito dos menores, seria bem-vindo remeter à gênese legislativa dos interesses gerais dessa categoria especialíssima de pessoas, a qual, segundo Andréa Rodrigues Amin (2013a, p. 53), se dá com a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra (de 1924), promovida pela Liga das Nações, seguida pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas (de 1959), este sim “o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais”. Em 1989, a referida declaração foi atualizada pelo mesmo órgão, tendo sido assinada pelo Brasil em 1990, dando origem à “Convenção dos Direitos da Criança”, cujo artigo 19 vincula os Estados aderentes à responsabilidade de proteger os menores de “todas as formas de violência física”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Segue o texto integral do mencionado artigo 19: “1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuida-

De fato, ao menos em um primeiro momento, a diferenciação prática entre “castigo físico”, “tratamento cruel ou degradante” e “maus-tratos” pode parecer uma tarefa bastante complicada. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2013, p. 195-196), a respeito destes últimos, leciona que seriam “aqueles nos quais os pais usam a força física de maneira intencional, não acidental, ou também aqueles atos de omissão intencional, não contingentes, com o objetivo de ferir, danificar ou destruir o filho menor de 18 anos, deixando-o, ou não, com marcas físicas evidentes”, na esteira do quanto preconizado pelo artigo 136 do Código Penal brasileiro.

Abordando o conceito sob o prisma da psicologia, Lidia Natalia Dobrianskyj Weber, Ana Paula Viezzer e Olivia Justen Brandenburg (2004) defenderão que se caracterizam os maus-tratos diante de “*continuum* das práticas coercitivas corporais, sendo que a frequência e a intensidade são indicadores comuns, ou seja, os maus-tratos iniciam-se no primeiro degrau da escala” (dos castigos físicos), isto é, mais vale a função de “infligir dano” ao menor do que a intensidade, já que tais punições tendem a ser cada vez mais severas.

Dessa forma, embora reconheçam a existência de diferença entre o castigo físico e o espancamento, as autoras não enxergam diferença quanto ao princípio que os motiva, bem como acreditam ser impossível delimitar onde termina um e começa o outro (WEBER; VIEZZER; BRANDENBURG, 2004).

Foi valendo-se justamente – no mais das vezes, quer-se crer, de forma inconsciente – da premência dessa zona cinzenta em termos conceituais que muitos pais e responsáveis promoveram agressões físicas às suas crianças e aos seus adolescentes ao longo da história da humanidade, forjando o desenvolvimento de uma cultura no mínimo conivente (quando não claramente

---

do, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária”.

incentivadora) das punições dessa natureza como instrumento frequente e corriqueiro na educação.

Tal ponto de vista, no entanto, seria questionado pelo pensador Lloyd deMause, citado por Viviane Nogueira de Azevedo Guerra (2005, p. 54), que insere o conceito de “dialética de reprodução-melhoramento” entre as gerações, conforme o qual, *grosso modo*, as crianças e os adolescentes das gerações sucessoras tenderiam a sofrer menos do que aquelas que as precederam, pois as experiências suportadas pelo eventual agressor, quando ele então estava na qualidade de vítima, ensejariam a que mais refletisse sobre a pertinência do castigo e o evitasse.

A hipótese em questão infelizmente parece não ter grande respaldo fático, pois, se realmente as gerações contemporâneas tivessem aprendido com seus pares históricos a não punir fisicamente os menores que a vida lhes tocou cuidar e educar, inexisteriam motivos concretos para o desenvolvimento das legislações hodiernas dentro da temática abordada. Ademais, para grande parcela dos psicólogos, em vez de coibirem a prática de agressões, as experiências vivenciadas anteriormente, no mais das vezes, acabam incentivando que sejam repetidas – e não evitadas, mesmo trazendo consequências tão nocivas – e não somente em termos imediatos, mas talvez, como se percebe, para a vida inteira.

Obviamente, seria impossível listar taxativamente referidas marcas negativas, não somente no aspecto físico, mas sobretudo anímico daqueles que são vítimas dos castigos corporais, valendo, no entanto, apenas como menções pontuais: “tristeza”, “raiva”, desenvolvimento, obviamente indesejável, de uma “identificação entre amor e dor”, “culpa”, “vergonha”, “medo”, “ansiedade”, além do próprio “afastamento dos pais”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> O levantamento de tais aludidos atributos foi realizado com base na leitura integral do já mencionado estudo “O uso das palmadas e surras como prática educativa”, de Weber, Viezzer e Brandenburg (2004). Deveras, embora não se possa falar em consenso absoluto, a pesquisa realizada para o desenvolvimento do presente capítulo de-

Ao revés, a história da violência contra a criança e o adolescente na forma de castigos físicos “educacionais” é pródiga no desenrolar da experiência humana, e o advento de legislações mais específicas dentro do assunto somente na presente fase pós-moderna nem de longe poderia atestar sua inexistência pretérita, como se fossem uma novidade, mas sim que os menores finalmente começam a ser encarados pelos Estados como credores de proteção apropriada à sua natural vulnerabilidade.

É o que será demonstrado brevemente a seguir.

## **2.2 Breve percurso histórico e social a respeito dos castigos físicos sobre menores no âmbito familiar**

Em sua fundamental *História social da criança e da família*, Philippe Ariès (1981, p. 3-5) relata que a família medieval não permitia que a criança fosse tratada como tal, isto é, de forma que suas muitas especificidades fossem reconhecidas (e respeitadas), uma vez que, superada a fase de amamentação tardia – geralmente, por volta dos 7 anos de idade –, ela era encaminhada para servir como criada na residência de outra família, onde teria condições de forjar seus conhecimentos para a vida prática na sociedade; também a partir dos 7 anos, portanto, quanto deixava de ser vista como um ser engraçadinho e sem tanta importância, passava a tomar parte do mundo como se adulta fosse, em companhia ordinária de seus pares no trabalho crescidos, nas diversões e em quaisquer outras áreas pragmáticas da vida cotidiana.

Fundava-se, pois, aquele modelo familiar muito mais na necessidade do desenvolvimento de ofícios do que em laços afetivos, dentro de um panorama que apenas começou a se modificar quando as crianças, em vez de serem enviadas às casas de terceiros, começaram a ter como destino os colégios, em um movimento incentivado pela ética cristã, e tal mudança

---

monstrou claramente que apenas uma minoria dos psicólogos e educadores defende a prática de castigos físicos.

permitiu que os pais passassem a vê-las como seres que mereciam ser lapidados para o aperfeiçoamento de suas capacidades intelectuais.

Inegavelmente, no entanto, a mudança do destino do trabalho para a educação isolou os filhos da realidade prática na qual seus ancestrais estavam imersos de maneira quase automática, e se, por um lado, – conforme naturalmente haverá de parecer – essa convergência significou o incremento da dignidade dos menores – a ponto de o autor relacioná-la com a própria queda da natalidade de seus pais, que então começaram a desenvolver maior consciência sobre a natureza espiritual e romântica dos seres que traziam à vida e pelos quais, portanto, deveriam prestar maior dedicação (ARIES, 1981, p. 3-5) – por outro, ensejou também que se introduzisse o castigo físico como método para correção dos comportamentos considerados destoantes no âmbito da instituição educacional sob cuja tutela se encontrassem.

Conforme a visão encampada pelo autor, é impossível precisar uma data específica para a ocorrência desse êxodo das funções brutas para as mais elaboradas, mas certamente uma tendência concreta pode ser observada a partir do final do século XVII, pois a ida ao colégio possivelmente já começara a se verificar a partir do século XV.

A digressão histórica ora proposta, todavia, está muito longe de respaldar uma eventual interpretação, no sentido de que a violência contra crianças e adolescentes encontra sua gênese no rigor dos colégios e que aquela posteriormente seria estendida para dentro dos limites do lar, até mesmo porque assumi-lo exigiria a realização da prova negativa (e impossível) de que aqueles pais medievais que não viveram a época do envio dos filhos para serem educados (em vez de servirem como criados em outras casas) tenham deixado, eles próprios, de perpetrar castigos físicos contra as crianças.

Tanto isso é verdade que a aludida pesquisa de Weber, Viezzer e Brandenburg (2004) preocupou-se em reproduzir provérbios antigos de distintas culturas – e até mesmo da Bíblia

– para demonstrar a ancestralidade do hábito de punição física dos menores no âmbito familiar<sup>6</sup>.

Nesse sentido, Hannah Arendt (2007, p. 32) corrobora aludida conclusão ao aduzir que, na antiga Grécia, a formação da família se justificava, sobretudo, como uma necessidade para enfrentar as vicissitudes concretas, visando ao desenvolvimento de uma “condição natural” para o exercício da vida política e a liberdade, que apenas existia na pólis – e não no recato dos lares, nos quais a violência estava justificada diante da missão preparatória em questão, bem como respaldada pela inércia do próprio Estado, que apenas interferiria no sagrado respeito à vida privada dos cidadãos na hipótese de efetivamente precisar manter a ordem social.

De mais a mais, no entanto, retomando a odisseia histórica patrocinada por Philippe Ariès (1981), relata-se que outro fator condicionante do incremento de um sentimento afetivo entre os membros da família, de sorte a torná-la cada vez mais nuclear – por isso, seguidamente parecida com o modelo predominante nos dias atuais –, está relacionado ao próprio crescimento do convívio entre pais e filhos, da identificação (física, inclusive) entre ambos, tornando o lar um refúgio da família no mundo, e não mais um posto ordinário, por onde passavam todas as obrigações da vida medieval, como o próprio exercício das funções de ofício não somente das crianças, mas também dos próprios adultos, que exerciam em casa – por isso, nos mesmos cômodos onde comiam, dormiam e amavam – as suas profissões.

Observa-se, pois, sobretudo a partir do século XVIII, um movimento de promoção de reserva ante o mundo externo, também com a organização das visitas de membros que não

<sup>6</sup> São exemplos de tais ditos populares, conforme a pesquisa das aludidas autoras: “ama as crianças com o coração, mas educa-as com tua mão” (provérbio russo), “quem não foi bem castigado com a vara, não foi bem educado” (provérbio grego), além do bíblico “Não poupes o menino a correção; se tu o castigares com a vara, ele não morrerá; castigando-o com a vara, salvarás sua vida da morada dos mortos” (Provérbios 23:13-14).

integravam aquele núcleo familiar em franca consolidação, e que, por ser cada vez mais comum aos hábitos cotidianos daqueles homens e mulheres, reclamava a criação de um novo código de conduta social que resguardasse o respeito à intimidade e à privacidade, ou seja, ao cerne onde apenas os familiares – e somente eles! – podiam se tratar por apelidos carinhosos e dedicar-se a outros hábitos que perderiam o sentido fora dos limites do lar –, além de serem vistos como próprios às pessoas que desconhecessem “as novas regras do jogo”.

Em termos jurídicos, os ideais burgueses então vigentes vão sendo paulatinamente absorvidos pelas legislações nacionais, em um percurso que demandaria infindáveis laudas para ser timidamente descrito – tarefa, portanto, que não poderia ser incorporada nesta oportunidade. Não obstante, indubitável é a constatação de que as mesmas “intimidade” e “privacidade” cujos rudimentos eram engendrados nos séculos pretéritos alcançaram atualmente, no Código Civil brasileiro, o *status* de “direitos da personalidade”, portanto passaram a pertencer a uma classe especial de patrimônio normativo.

Reside aqui outro dos principais questionamentos que vêm sendo realizados a respeito da pertinência da Lei nº 13.010/2014, pois se esta possui sua abrangência direcionada (sobretudo, mas não exclusivamente) para as relações familiares, em que imperam os dois mencionados atributos (intimidade e privacidade) justamente em função do caráter não coletivo das relações e, ao mesmo tempo, garante a legislação civilista nacional que esses mesmos atributos também devem ser tutelados pela legislação pública – portanto, pelo Estado –, não se estaria diante de um conflito, mais do que apenas normativo, estrutural, relacionado à própria organização das regras sociais de convívio?

A resposta para tal indagação exige a perquirição a respeito dos limites do poder do Estado em face da vida privada e dos respectivos direitos da personalidade dos pais ou responsáveis pela educação e pelo cuidado dos menores, bem como deles pró-

prios, conforme se pretende realizar, resumidamente, a seguir.

### **2.3 Limitação do poder estatal ante a resguardada vida familiar – os direitos da personalidade de privacidade e intimidade em face da dignidade dos menores**

Rubens Limongi França (1971) definiu os direitos de personalidade como “os próprios atributos da personalidade do sujeito, bem como seus prolongamentos e projeções”, conceito este que, devido à sua perfeição acadêmica, desde pronto permite identificar os objetos de privacidade e intimidade como pertencentes à sua classe.

Há também que se rememorar que os mencionados direitos possuem, entre muitas características (tais como serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não poderem sofrer limitação voluntária<sup>7</sup>), o fato de se consagrarem naturais, portanto independentes de positivação normativa para existirem, por isso mesmo pavimentando a possibilidade de uma abordagem fundada na tutela geral, abrangente e integrativa das infundáveis características da personalidade humana.

Não obstante, inexistente impeditivo para que determinados direitos da personalidade sejam também qualificados nos diplomas legais, sendo este o caso, por exemplo, da vida privada, especificada no artigo 21 do Código Civil brasileiro<sup>8</sup> como “inviolável” e, portanto, passível de proteção por meio de ato judicial “para impedir ou fazer cessar ato contrário”, sem prejuízo da possibilidade de indenização pelos danos (morais e eventualmente materiais) sofridos pela violação mesma do direito, assim como ocorre em relação a todos os demais que

---

<sup>7</sup> Nos termos do artigo 11 do Código Civil.

<sup>8</sup> A redação integral do artigo 21 do Código Civil é a seguinte: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

pertencem ao grupo ora analisado – caso, portanto, também da intimidade.

A interpretação dos comandos civilistas em questão poderia levar a sérios equívocos, se realizada de forma isolada de outros dispositivos legais extremamente relevantes ao assunto sob discussão, como os contidos no ECA e, obviamente, na própria Constituição Federal.

Note-se, por exemplo, que o artigo 3º do ECA<sup>9</sup> assegura à criança e ao adolescente gozar dos “direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, com vistas à garantia da possibilidade de seu “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Da mesma forma, o dispositivo legal vizinho posterior consagra à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público a responsabilidade de “assegurar, com absoluta prioridade”, que os 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” sejam efetivados<sup>10</sup>.

Ora, parece impossível pretender-se a concretização de valores imprescindíveis como liberdade e dignidade dos menores em ambientes nos quais a violência patrocinada pela prática dos castigos físicos seja perpetrada graças à construção de um véu

---

<sup>9</sup> A redação integral do artigo 3º do ECA é a seguinte: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

<sup>10</sup> A redação integral do artigo 4º do ECA é a seguinte: “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”.

intocável de privacidade, como se deveras o ambiente íntimo do lar correspondesse a uma realidade paralela, completamente dissociada da vida “externa”, dois mundos incomunicáveis, o primeiro dos quais caracterizado pela sagrada reserva familiar, e o segundo, apenas a “vida dos outros”, isto é, aqueles que somente tomam parte do primeiro se e quando convidados, e conforme limites rígidos e preestabelecidos.

Note-se, nesse sentido, que o mencionado *caput* do artigo 4º do ECA não faz distinções hierárquicas entre “família”, “comunidade”, “sociedade em geral” e “poder público” quando a intenção é resguardar conteúdos relevantes para os menores, tanto mais pelo fato de – segundo igualmente observado de forma expressa pelo legislador – encontrarem-se estes em fase de desenvolvimento, portanto ainda mais vulneráveis e desprotegidos perante o mundo ao qual foram recentemente trazidos.

Tão frágil, portanto, quanto a aura de pretensa intangibilidade do seio familiar que enxerga na palmada uma forma pedagógica de educar e cuidar é o mito de que os direitos da personalidade seriam igualmente absolutos, quando, na verdade, apenas seu sopesamento com outras legislações e, sobretudo, com a realidade concreta é que lhes proporciona o necessário descanso no espírito legislativo para o qual foram criados, a saber: proteger – e jamais criar mecanismos para objetar – a promoção da dignidade humana.

Ora, parece cristalino que é esse atributo o norte para o qual convergem tanto os comandos civilistas quanto os dispositivos estatutários, ambos, portanto, sob a égide constitucional, que eleva a dignidade como fundamento do Estado democrático de direito, na mesma escala da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político<sup>11</sup>.

Ademais, o texto da Lei Maior, por meio de seu artigo 227, também divide entre família, sociedade e Estado a função de assegurar conteúdos da mesma ordem daqueles trazidos pelo ECA, além de colocar os menores “a salvo de toda forma de

<sup>11</sup> Segundo artigo 1º da Constituição Federal.

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>12</sup>.

Logo, a defesa cega e emocionada de uma pretensão e natural soberania do poder familiar, além de denotar desconhecimento em termos de disposição formal do ordenamento jurídico – eis que a sustentação da tese da inviolabilidade da privacidade e intimidade familiares, na qualidade de atributos da personalidade dos pais e responsáveis, esbarra na existência da norma constitucional hierarquicamente superior –, enseja a nociva pretensão de estabelecimento da autoridade como valor superior em relação à própria ordem democrática, transformando os lares em republiquetas totalitárias.

Nota-se, entretanto, que a palmada apenas é “democrática” quando diz respeito ao fato de ser adotada por pais e responsáveis das mais distintas nacionalidades, classes sociais, religiões e ideologias políticas, pois nada de concreto indica que este ou aquele grupo social possua o monopólio ou a preferência pelo castigo físico dos menores (WEBER; VIEZZER; BRANDENBURG, 2004).

De fato, existe um perigo muito grande na assunção da aludida autoridade emanada do poder familiar, em nome da garantia da “disciplina”<sup>13</sup> dos menores, como um modelo de exportação para a sociedade em geral. Aliás, a analogia entre a

<sup>12</sup> A redação do *caput* do artigo 227 é a seguinte: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>13</sup> A propósito do termo em questão, afirmam Weber, Viezzer e Brandenburg (2004): “Disciplinar é ajudar uma criança a desenvolver seu autocontrole, estabelecer limites, ensinar comportamentos adequados e corrigir os inadequados [...] também envolve encorajar a criança, ajudá-la a desenvolver a sua auto-estima, ou seja, prepará-la para enfrentar o mundo sem que precise emitir comportamentos simplesmente para evitar as punições [...]”.

formação e o desenvolvimento dos núcleos familiares e o próprio Estado é cara a muitos acadêmicos, dentre os quais novamente se traz o exemplo de Hannah Arendt (2007, p. 37), para quem diversos interesses outrora pertencentes exclusivamente ao âmbito familiar passaram a ser também de interesse público, eis que a economia social se demonstra como um produto da reunião das diversas famílias, propriamente ditas, que se organizam economicamente e formam uma “suprafamília” (por assim dizer), compondo a sociedade, cuja forma política de organização é a nação.

Não por acaso, portanto, independentemente de abordagens acadêmicas, diz-se popularmente, no mais das vezes com forte acento religioso, que a família é a “célula mãe da sociedade”, isto é, a origem das pessoas que a formarão – em grande parcela, segundo já esclarecido, por meio da reprodução de comportamentos.

É palpitante, no mínimo, o exercício ora insinuado: fazer a correlação entre os hábitos sociais dos adultos e os infantis, notadamente na forma de diversões, por meio das quais as crianças expressam seus sentimentos e “brincam de gente grande”. Mas talvez ainda mais interessante seja buscar, por trás desses jogos e brincadeiras, a influência dos pais e responsáveis na esfera íntima daquelas, em um círculo muito mais desenhado pela repetição irreflexiva de padrões – dentre os quais a prática de violência sob o caráter “educativo” e “para o bem” dos menores – do que pela possibilidade de aceitação de novos paradigmas que efetivamente fossem positivos ao mundo.

“É proibido brincar de amor (de guerra pode, e se puder um pouco mais, liquidamos a espécie)” é o título dado pelo saudoso médico psiquiatra e psicanalista José Ângelo Gaiarsa (2015) a um dos capítulos de sua obra *A família de que se fala e a família de que se sofre: o livro negro da família, do amor e do sexo*, do qual se extraiu a citação que deu origem ao presente texto e com o qual, em homenagem ao velho mestre, se permite encerrá-lo em sua parte dissertativa, abrindo-se espaço à conclusão.

### 3. CONCLUSÃO

Não há motivos para tamanho estardalhaço, por parte dos pais e responsáveis que efetivamente pretendam educar seus filhos adequadamente e deles cuidar da melhor forma possível, em relação ao advento da Lei nº 13.010/2014 – mais conhecida pela “Lei da Palmada” – no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, porque o castigo físico em absolutamente nada auxilia na formação dos menores; muito antes, pode-lhes causar abalos tanto físicos quanto, sobretudo, emocionais que dificilmente serão solucionados ao longo da vida inteira.

Observou-se que a irracional prática de agressão física como tentativa de correção disciplinar é fomentada pela repetição do comportamento conhecido e suportado pela vítima, que então se torna adulto e, na qualidade de chefe de família, deposita seu quinhão de infelicidade em um ciclo nefasto, cuja gênese não se pode precisar, mas decerto já acompanha a humanidade desde eras remotas.

Do ponto de vista jurídico, a adoção da norma em comento encontra pleno respaldo tanto em termos formais quanto materiais, pois não somente se conforma ao espírito constitucional como até mesmo incentiva a proteção do fundamento da dignidade humana; a propósito, é graças ao mesmo princípio que se demonstra possível fazer justiça concreta diante do sopesamento entre os direitos da personalidade de privacidade e intimidade, inerentes ao âmbito familiar, quando confrontados na prática com a violação de outros direitos da personalidade, no caso dos menores, como a preservação de sua integridade física e psicológica.

E isso para não se falar na própria defesa dos direitos humanos, tendo em vista, conforme demonstrado, que os atributos da criança e do adolescente estão devidamente protegidos por meio de documentos públicos internacionais perfeitamente

inseridos na ordem jurídica brasileira.

Pelo contrário: a persistência de tantos atos violadores de direitos da personalidade da criança e do adolescente na sociedade contemporânea é que efetivamente reclama a adoção de medidas protetivas pelo poder público, pela comunidade e pela sociedade em geral, que possuem legitimidade para tanto expressamente reconhecida no ECA e na Lei Maior.

Ademais, a velha dicotomia entre público e privado se está tornando cada vez mais rarefeita na sociedade contemporânea, obviamente não a ponto de se desfazer – pois sequer isso seria desejável –, mas ao menos com vistas a que, sob a égide de um deplorável privatismo absoluto, pessoas vulneráveis – como o são as crianças e os jovens – não venham a ser desrespeitadas nos conteúdos que possuem de mais únicos, nobres e fundamentais.

Mesmo que assim não fosse, no entanto, bem-vinda é a lembrança de que o espírito da Lei nº 13.010/2014 é antes de tudo preventivo, dada a qualidade das sanções previstas no caso de descumprimento de seus ditames; não pretende, pois, criminalizar os pais ou responsáveis, mas direcionar a educação de seus filhos, quando necessário, para que não somente deixem de sofrer as inúteis e nocivas consequências do castigo físico em curto prazo, como também para que abdicuem de fazê-lo quando adultos.

É importante salientar também que a legislação brasileira existente até antes do advento da “Lei da Palmada”, embora bastante volumosa, permaneceu silente no que diz respeito à prática de castigos moderados, omissão finalmente sanada e cujo afastamento merece ser festejado.

Isso não significa, todavia, que a norma ora comentada seja perfeita; muito antes, somente a vivência prática de suas determinações fornecerá a exata noção a respeito de quais pontos devem ser lapidados, notadamente com o auxílio dos muitos profissionais cujas áreas de atuação estão diretamente relacionadas ao universo da criança e do adolescente, como médicos pediatras e psiquiatras, psicólogos e pedagogos, além

dos juristas que se dedicam ao estudo e encaminhamento judicial nesse âmbito.

Para que tal seja possível, no entanto, não basta a boa vontade do Estado na elaboração da norma, mas também que sejam fornecidas condições materiais concretas para que os conselhos tutelares desempenhem os papéis em função dos quais passam a ser responsáveis. Sem que isso seja feito, corre-se o gravíssimo risco de transformar uma iniciativa valiosa em “letra morta”.

De mais a mais, é de se esperar também que as muitas mudanças pelas quais o próprio conceito de família vem passando na pós-modernidade conformem-se ao desenvolvimento de uma nova mentalidade em relação às sanções pedagógicas destinadas às crianças e aos adolescentes, a qual seria perfeitamente possível e bem-vinda diante da prevalência do afeto sobre qualquer outro elemento integrativo entre aqueles que desejem partilhar um projeto de vida em comum.

## REFERÊNCIAS

AMIN, A. R. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013a.

AMIN, A. R. Princípios norteadores da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013b.

ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARIÈS, P. *História social da criança e da família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BRUM, E. Palmada na lei. *Época*, 26 jul. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI157752-15230,00-PAL->

MADA+NA+LEI.html>. Acesso em: 23 dez. 2014.

CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

CHINELLATO, S. J. In: COSTA MACHADO, A. C. da (Org.); CHINELLATO, S. J. (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. Barueri: Manole, 2014.

CHINELLATO, S. J. de A. Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Org.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 939-968.

COSTA, M. M. M. da; VERONESE, J. R. P. Um monstro se esconde em casa. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29443/um-monstro-esconde-se-em-casa>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

FRANÇA, R. L. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

FREUD, S. Uma criança é espancada. In: \_\_\_\_\_. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. v. XVII.

GAIARSA, J. Â. *A família de que se fala e a família de que se sofre*: o livro negro da família, do amor e do sexo. São Paulo: Ágora, 2015.

GUERRA, V. N. de A. *Violação de pais contra filhos*: a tragédia revisitada. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACIEL, K. R. F. L. A. Poder Familiar. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDINA, J. M. G. *Constituição Federal comentada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORATO, A. C. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 121-158, 2011-2012.

RAMOS, P. P. de O. C. Infrações administrativas. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. conforme leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, W. M.; VERONESE, J. R. P. O papel da criança e do adolescente no contexto social. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29400/o-papel-da-crianca-e-do-adolescente-no-contexto-social/1>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

TIBA, I. *Quem ama, educa!* São Paulo: Editora Gente, 2002.

VERONESE, J. R. P. Lei Menino Bernardo: por que o educar precisa do emprego da dor? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29790/lei-menino-bernardo-por-que-o-educar-precisa-do-emprego-da-dor>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

WEBER, L. N. D.; VIEZZER, A. P.; BRANDENBURG, O. J. O uso de palmadas e surras como prática educativa. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 9, n. 2, maio/ago. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2004000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2004000200004)> Acesso em: 10 jan. 2015.

# A REPRESSÃO À PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel<sup>1</sup>*

## 1. DA DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tem-se, com o presente trabalho, o objetivo de tratar do tema “alienação parental”, inserindo-o no contexto das relevantes transformações vivenciadas na organização jurídica da família nos últimos tempos, além de reconhecer o valor da convivência familiar como um direito fundamental a ser preservado e efetivado por meio de mecanismos jurídicos concretos.

Nessa perspectiva, o antigo direito de família estritamente codificado assumiu, após a Constituição Federal de 1988, uma conotação de direito constitucional de família, passando a ser norteado por uma série de princípios e direitos fundamentais

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestra e bacharel pela mesma instituição. Professora de Direito Civil da graduação e da pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e de Direito Civil e Processo Civil do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiá, e professora convidada dos cursos de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário Padre Anchieta, da Fundação Armando Álvares Penteado (Faap) e do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Coordenadora do Grupo de Estudos “Família e Felicidade: objeto e objetivo” da Faculdade de Direito da UPM.

destinados diretamente às relações familiares.

Entre a diversidade de princípios constitucionais do direito de família, destacamos para este estudo o princípio da afetividade e, de outra parte, como direito reflexo, a convivência familiar, objeto de proteção da Lei nº 12.318/2010, a qual será abordada.

A convivência familiar e a afetividade possuem como eixo central o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de toda ciência jurídica, representando, ainda, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dessa feita, muito mais que uma mera instituição a ser preservada pelo Estado, a família é vista hoje como instrumento necessário para o desenvolvimento da personalidade e de promoção da dignidade de seus membros. O antigo modelo familiar formal e patrimonialista é substituído por uma formação familiar em que as relações entre os indivíduos devem ser instrumentos de proteção e de desenvolvimento da personalidade.

Percebe-se, de tudo isso, a atual preocupação com o conteúdo das relações familiares. A igualdade, a solidariedade e a afetividade são diretrizes principiológicas que devem estar presentes não apenas na formação da família, mas também na sua dissolução, na transformação e no ressurgimento dos outros núcleos familiares reconstituídos.

Em meio às mudanças, a afetividade e a convivência paterno-filial devem permanecer íntegras, de forma que é dever de ambos os genitores uma postura cooperativa para que a figura paterna ou materna seja preservada e respeitada, em que pesem todos os dissabores e angústias provenientes do término do relacionamento.

Partindo dos princípios constitucionais do direito de família, das diretrizes do nosso atual Código Civil e mais recentemente da Lei nº 12.318/2010, temos em mente que, na relação paterno-filial, o dever de colaboração e de respeito entre os genitores passa a ser um dever jurídico exigível, inclusive, por meio dos instrumentos judiciais.

Muito mais que uma mera questão psicológica ou moral, os deveres jurídicos de cooperação, de respeito entre os genitores e de manutenção dos laços afetivos na relação paterno-filial fazem com que atos caracterizadores de alienação parental possam ter como consequência a aplicação de diversas sanções previstas expressamente na lei, podendo até mesmo alcançar o âmbito da responsabilidade civil, conforme se buscará demonstrar.

## **2. O DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL SOB A ÓTICA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Como consequência da “despatrimonialização” da família verificada a partir dos princípios e valores constitucionais e da profunda mudança legislativa dos últimos anos, temos o novo modelo familiar pautado na valorização da afetividade e na primazia da realização pessoal de todos os integrantes do grupo familiar, mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável.

Assim, é possível dizer que a preocupação do sistema jurídico, de uma forma geral, está no indivíduo, o que nos conduz ao fenômeno da “repersonalização”. Nesse sentido, os ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 93):

Como realçado, enquanto no direito codificado havia preocupação excessiva com as relações patrimoniais, inclusive no âmbito da família, atualmente, diante das mudanças detectadas na sociedade e na sua célula menor, que é a entidade familiar, devem ser destacados os interesses afetivos e existenciais dos familiares, pois somente desse modo suas potencialidades poderão desenvolver-se e, em última análise, toda a sociedade engrandecerá existencialmente e, reflexamente, materialmente.

Com efeito, o objetivo marcante do novo modelo familiar é a realização da pessoa por intermédio da família. Para tanto,

o direito de família passa a interferir no conteúdo e na qualidade das relações familiares, e o faz a partir da imposição de comportamentos que representem a incorporação concreta dos valores constitucionais.

Verifica-se, pois, que as relações familiares devem ser vistas sob a ótica do afeto, do respeito e da solidariedade. Desse modo, compete à ordem jurídica primar pela preservação do afeto no ambiente familiar com mecanismos efetivos destinados a viabilizar a constituição e o desenvolvimento das potencialidades humanas.

A afetividade, ainda que não mencionada expressamente no texto constitucional, é reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo também o principal fundamento das diversas relações familiares. Tome-se como exemplo, nesse aspecto, as famílias homoafetivas e a parentalidade socioafetiva.

O afeto nasce da convivência sadia e equilibrada, e, na relação paterno-filial, estando ou não os genitores ligados por algum relacionamento afetivo, devem se comportar de forma que esse vínculo estreito entre cada um deles e os filhos seja mantido. Essa postura colaborativa a ser desenvolvida pelos pais encontra estreita consonância com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a qual, em última análise, tem sua origem na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar (artigo 227). Como consequência, ao regulamentar esse dispositivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) destaca a importância da vida em família como ambiente natural para a formação das pessoas em desenvolvimento.

Portanto, mais do que um direito da criança e do adolescente, assegurado inclusive constitucionalmente, a convivência familiar é a verdadeira exteriorização da valorização do afeto. A atmosfera afetiva deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, garantindo-lhes o cumprimento e a aplicação dos direitos

fundamentais a eles conferidos (MEIRA, 2008, p. 297).

No exercício do poder familiar, aos pais competem posturas que propiciem o pleno crescimento e desenvolvimento dos filhos em um ambiente familiar respeitoso e colaborativo, sendo esse o espaço necessário para a efetivação da proteção integral do menor em todos os sentidos.

### 3. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A dissolução da família, motivada pela insuportabilidade da vida em comum entre os genitores, pelo surgimento de novo relacionamento amoroso ou simplesmente pelo término do amor, acaba muitas vezes gerando no casal uma relação de animosidade, vingança e ódio que pode transcender o antigo relacionamento amoroso, atingindo os filhos comuns.

Foi exatamente nesse contexto e percebendo um número cada vez maior de casos como esse que o psicanalista e psiquiatra infantil Richard Gardner da Universidade de Columbia, nos idos dos anos 1980, identificou a síndrome da alienação parental como um distúrbio gerado nos filhos em razão do comportamento alienador de um dos genitores<sup>2</sup>.

Assim, trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de

<sup>2</sup> Segundo Jorge Trindade (2013, p. 22): “A síndrome de Alienação Parental foi definida pela primeira vez nos Estados Unidos e está, teoricamente, associada ao nome de Richard Gardner (1987). Um pouco depois, foi difundida na Europa, a partir das contribuições de F. Podevyn (2001), e despertou muito interesse nas áreas da psicologia e do direito, por se tratar de uma entidade ou condição que se constrói na intersecção desses dois ramos do saber, ou seja, a Psicologia Jurídica, um novo território epistemológico que, consagrando a multidisciplinariedade, revela a necessidade do Direito e da Psicologia se unirem para a melhor compreensão dos fenômenos emocionais que envolvem os atores processuais, no caso, aqueles que se encontram num processo de separação ou divórcio, incluindo os filhos”.

estratégias de atuação, ainda que faça inconscientemente, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado alienado. Trata-se, pois, de uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real (FREITAS, 2015, p. 26).

A síndrome refere-se, portanto, à conduta do filho que se recusa a ter contato com um dos genitores, desenvolvendo uma espécie de patologia decorrente de um ato de abuso emocional causado pela postura do outro genitor.

É importante salientar, contudo, que a expressão síndrome da alienação parental (SAP) é duramente criticada por não estar prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) nem no *Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais* (DSM-IV). Sendo assim, a SAP não é ainda reconhecida como uma categoria diagnosticada ou uma síndrome médica válida, em que pesem os inúmeros esforços de vários profissionais e estudiosos nesse sentido (SOUZA, 2014, p. 113).

São diversos os reflexos que a SAP pode ocasionar na criança, tendo como variáveis a idade e as características de sua personalidade: ansiedade, medo e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, vulnerabilidade ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas (TRINDADE, 2013, p. 24).

Por todos esses aspectos, resta evidente que a SAP, que não se confunde com a alienação parental propriamente dita, é um distúrbio psicológico causado na criança em razão da conduta de um dos genitores ou, dependendo da situação, até de ambos, que pode se evidenciar em maior e menor gravidade, mas que demanda tratamento especial e intervenção profissional específica e imediata.

Em termos judiciais, a síndrome deve ser detectada por meio de perícia realizada por equipe multidisciplinar, nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.318/2010. No caso concreto, o juiz poderá indicar, cumulativamente ou não, um assistente social, um psicólogo, um médico ou até mesmo um pedagogo ou psicopedagogo. A complexidade e a profundidade da situação específica determinarão os profissionais a serem indicados, sendo a perícia psicológica sempre a prioridade.

#### **4. O CONCEITO DA ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA LEI Nº 12.318/2010**

Primeiramente, devemos salientar que a Lei nº 12.318/2010 foi aprovada em um momento em que a sociedade clama pela coparticipação de ambos os genitores na criação e nas responsabilidades diárias em relação aos filhos menores, em uma verdadeira conscientização social e vivência dos princípios da igualdade entre cônjuges, da solidariedade familiar e da afetividade. No mesmo contexto, é a Lei nº 13.058/2014 que dispôs sobre o significado da guarda compartilhada e estabeleceu as regras sobre a sua aplicação.

Sem dúvidas, a Lei nº 12.318/2010 representa um avanço na redefinição dos papéis parentais, devendo ser encarada como um mecanismo de efetividade e concretização dos princípios do direito de família atual.

No que se refere ao conteúdo da lei, cuidou o legislador, logo de início, de estabelecer um conceito jurídico expresso para a alienação parental, em uma norma de natureza puramente descritiva. Com fundamento em elementos da psicologia, assim estabelece o *caput* do artigo 2º da referida lei:

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 ou à manutenção de vínculos com este.

Verifica-se, pois, que a alienação parental, sob o aspecto jurídico, pode ser considerada um ato de abuso dirigido à integridade psíquica do menor. Em outras palavras, os atos caracterizadores de alienação parental consistem em uma interferência abusiva na formação psicológica da criança ou do adolescente para que repudie o genitor ou prejudique os laços de afeto mantidos com ele (PEREZ, 2013, p. 44).

Vale frisar que não apenas na relação paterno-filial pode estar presente a alienação parental. É possível a prática de atos alienadores pelos avós ou por outra pessoa que tenha a criança ou o adolescente sob a sua autoridade. Da mesma forma, é possível que o alienado não seja um dos genitores, mas sim outro parente, como avós e até mesmo um irmão da criança vítima da alienação.

Em que pese o fato de os atos de alienação parental serem mais comuns pelo genitor que fica com a guarda do filho, é possível também que os atos abusivos sejam praticados pelo genitor que não detém a guarda, durante o seu exercício do direito de visitas. Nada impede, também, que a alienação parental seja recíproca, praticada por ambos os genitores, tornando-se o filho um verdadeiro objeto de vingança, na injusta campanha de desqualificação promovida pelos pais.

Ademais, o artigo 2º da lei não fala que necessariamente a criança deve repudiar e odiar o genitor para que se caracterize a alienação parental. Atos praticados que tenham essa finalidade, que visem ao prejuízo aos laços afetivos desenvolvidos entre eles, causando no filho um abalo emocional, serão enquadrados com base na lei, ainda que permaneça, no íntimo dos sujeitos, o amor.

Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo 2º elenca um rol meramente exemplificativo de atos possíveis de

## alienação parental:

- [...] I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Nesse amplo universo, é possível vislumbrar as infinitas possibilidades de atos alienadores, podendo ser estes conscientes ou inconscientes, sendo indispensável, contudo, a realização de provas periciais multidisciplinares para a verificação da gravidade da situação e a apuração dos possíveis efeitos nefastos para a integridade psíquica e o desenvolvimento emocional do filho.

Na prática, são diversas as técnicas para a efetivação da alienação parental:

- Limitar o contato da criança com o genitor alienado e se possível eliminá-lo.
- Limitar o contato da criança com a família do genitor alienado e se possível eliminá-la.
- Evitar mencionar o genitor alienado dentro de casa.
- Desvalorizar o genitor alienado, seus hábitos, costumes, amigos e parentes.
- Criar a impressão de que o genitor alienado é perigoso.
- Provocar conflitos entre o genitor alienado e a criança.
- Interceptar telefonemas, presentes e cartas do genitor alienado.

- Fazer com que a criança pense que foi abandonada e não é amada pelo genitor alienado.
- Induzir a criança a escolher entre um genitor e outro.
- Induzir culpa no filho por ter bom relacionamento com o genitor alienado.
- Instigar a criança a chamar o genitor alienado pelo seu primeiro nome.
- Impor pequenas punições sutis e veladas quando a criança expressar satisfação ao se relacionar com o genitor alienado.
- Confiar segredos à criança, reforçando o senso de lealdade e cumplicidade.
- Cultivar a dependência entre genitor alienador e a criança.
- Interrogar o filho depois que chega das visitas.
- Encorajar a criança a chamar o padrasto/madrasta de pai/mãe.
- Ocultar a respeito do verdadeiro pai/mãe biológico(a).
- Abreviar o tempo de visitação por motivos fúteis.
- Dificultar ao máximo o cumprimento do calendário de visitas.
- Mudança de domicílio para o mais longe possível do genitor alienado (GONDIN, 2015).

Todas essas técnicas podem ser utilizadas cumulativamente ou não, em maior ou menor grau. Entre essas técnicas, é possível ainda acrescentar, em um estágio mais avançado e de maior gravidade, a falsa denúncia de abuso sexual ou a implantação de falsas memórias na criança, que a façam acreditar ter sido vítima de algum abuso<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Segue interessante decisão judicial de reconhecimento de implantação de falsas memórias como ato caracterizador de alienação parental: “Apelação cível. Sentença de procedência em ação de guarda ajuizada pelos tios paternos do menor. Insurgência interposta pela genitora. Filho afastado de seu convívio, em razão de evidências da prática de alienação parental contra o pai biológico do menino. Acusações de abuso sexual supostamente perpetrado contra o descendente, o que, além de não ter sido corroborado pela investigação realizada, foi, posteriormente, desmentido pelo próprio garoto. Situação que acabou gerando desgaste no relacionamento entre mãe e filho, que, inclusive, passou a recusar a respectiva visitação. Apelante que se submeteu a tratamento psiquiátrico. Inexistência de qualquer mudança em

Com frequência cada vez maior, por razões patológicas ou mesmo em função da raiva, do ódio e do desejo de vingança, um dos genitores denuncia o outro por agressões físicas ou abuso sexual, sem que isso tenha, verdadeiramente, ocorrido. Também há casos em que a criança, como um ser altamente sugestionável, é induzida a acreditar, com absoluta convicção, de que foi vítima de agressão ou abuso pelo genitor alienado<sup>4</sup>.

Daí a importância de laudo pericial criterioso e muito cauteloso a ser realizado por profissionais técnicos, os quais podem ser, dependendo das circunstâncias concretas, assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras nomeados pelo juiz.

---

sua conduta. Manipulação persistente da verdade dos fatos, com o propósito de prejudicar a relação paterno-filial. Fato que demonstra incapacidade para promover o sadio desenvolvimento do menor. Infante que encontra-se sob os cuidados de seus guardiões há mais de 5 anos, estando bem adaptado, encontrando na família substituta acolhimento e proteção, restando atestado pela equipe multidisciplinar, sua considerável evolução no período, mostrando-se o ambiente favorável à sua formação. Realidade que deve ser preservada. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Direito de visitação garantido a ambos os genitores, objetivando o restabelecimento e fortalecimento dos respectivos vínculos de afetividade. Determinação, *ex officio*, para que o acompanhamento psicológico da família prossiga na origem. Recurso conhecido e desprovido” (TJSC, AC 2011.093186-4, 4º C. Cív., Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 26.3.2014).

<sup>4</sup> A respeito da implantação de falsa memória, exemplifica Mônica Guazzelli (2013, p. 193), partindo de um diálogo possível: “‘Minha filhinha, o papai te dá banho e também lava bem tua pererequinha que nem a mamãe?’ ‘Não lembro’, pode responder a filha; contudo, a mãe ‘convence a filha do que é e de como o papai faz’, e a criança acaba, até porque é sugestionável, concordando. Aproveitando-se da sujeição da criança, a descrição realizada pela mãe vai ficando cada vez mais detalhada, sem, é claro, que a criança se aperceba da gravidade daquilo. ‘Mas então’ – diz a mãe – ‘o papai põe a mão em você e fica esfregando para limpar bem?’’. E a criança acaba respondendo: ‘Sim’. Depois de tanto a mãe repetir essa história, a narrativa acabará se transformando numa realidade para a criança, pois de fato o pai, quando exerce a visitação, costuma auxiliar a filha na rotina do banho”.

Sobre a importância da avaliação psicológica ou biopsicosocial (artigo 5º da Lei nº 12.318/2010), merecem destaque as palavras de Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2014, p. 52):

Tendo assim a necessidade de apurar a realidade dos fatos, é indispensável a colheita de provas periciais multidisciplinares, com a participação de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, a fim de que o juiz – com base em seus estudos, relativos à pessoa do menor, bem como do alienador e do alienado – se capacite para que seja possível a distinção da alienação parental – firmada pelo desejo (consciente ou não) do alienador em separar o menor do convívio do alienado, da real presença de nefastas atitudes promovidas e que merecem que o seu causador seja afastado ou mesmo limitado do convívio do menor.

Diante do amplo universo de práticas possíveis de alienação parental e do rol meramente exemplificativo do texto legal, vislumbra-se o objetivo do legislador em impor limites claros aos genitores no exercício da autoridade parental, na medida em que se reconhece a complexidade do comportamento humano no ambiente familiar. É nítida a intenção legislativa em estimular o papel participativo e colaborativo dos pais para a plena formação e desenvolvimento saudável dos filhos.

## **5. MEDIDAS PROTETIVAS ESTABELECIDAS NA LEI Nº 12.318/2010**

Nos termos da lei,

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Sendo assim, diante do reconhecimento expresso de que os atos de alienação parental representam uma lesão aos direitos fundamentais, com a evidente caracterização da prática de abuso contra a criança ou o adolescente e descumprimento de deveres legais, é preciso, uma vez detectada essa situação, que o juiz, no caso concreto, possa tomar medidas de cautela, com nítido caráter preventivo, evitando dessa forma o agravamento do dano.

Por essa razão, o artigo 4º da referida lei facilita ao máximo o reconhecimento dos atos de alienação parental em juízo. Havendo um mero indício da prática, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar a convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos.

Dentre as medidas assecuratórias, a lei determina a visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente (artigo 4º, parágrafo único).

É importante ressaltar, nesse aspecto, um desapego do legislador ao formalismo processual, em uma clara aplicação ao princípio da instrumentalidade das formas. O ato de alienação parental pode ser reconhecido de ofício ou não, em qualquer fase do processo, em ação autônoma ou incidentalmente em outra ação já em curso.

É possível, portanto, havendo indícios da prática, que o juiz determine a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial em ação de modificação de guarda, ação de regulamentação de visitas e até mesmo em ação de divórcio ou de dissolução da união estável. Impor a propositura de ação autônoma específica com requisitos processuais rígidos de alegação para o reconhecimento da alienação parental vai de encontro aos objetivos do

instituto e ao próprio espírito preventivo preconizado na lei.

Ainda, como medida de proteção, é possível o estabelecimento da guarda compartilhada visando garantir a equilibrada participação do pai e da mãe na formação de seus filhos. De outra parte, dependendo das circunstâncias, serão aplicadas preventivamente no curso da ação: a advertência, a multa, a ampliação da convivência, a regulamentação provisória da guarda unilateral e a fixação cautelar da residência, esta última em casos de alteração abusiva e injustificada do local de moradia da criança ou do adolescente<sup>5</sup>.

Sem dúvidas, diante do caráter acautelatório da lei, desde que presentes meros indícios da prática dos atos de alienação parental, deverá o juiz tomar as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente.

## **6. SANÇÕES IMPOSTAS AO ALIENADOR COM BASE NA LEI Nº 12.318/2010**

Em um primeiro momento, é preciso mensurar a gravidade do ato de alienação parental, o qual pode surgir em situações mais leves ou moderadas, culminando até mesmo, em situações mais extremas, na ruptura total do vínculo afetivo entre o filho e o genitor alienado.

De forma proporcional à gravidade do caso, a Lei nº 12.318/2010, em seu artigo 6º, elenca um rol meramente

---

<sup>5</sup> Nesse sentido: “Agravado de instrumento. Ação de guarda. Indícios de alienação parental. Merece ser mantida a decisão que deferiu a guarda provisória do menor ao pai, ante a conclusão do laudo pericial de que a família materna apresenta comportamento inadequado com o filho, tentando impor falsas verdades. Visitação materna. Necessidade de assegurar a visitação materna com acompanhamento, a fim de preservar os laços afetivos entre mãe e filho. Agravado de instrumento parcialmente provido” (TJRS – AI nº 70057883597, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, Sétima Câmara Cível, J. 26.3.2014).

exemplificativo de sanções aplicáveis ao praticante dos atos abusivos, sem prejuízo da respectiva responsabilidade civil ou criminal. No que se refere à responsabilidade civil, conforme se verá adiante, a alienação parental “fere direito fundamental da criança ou do adolescente” (artigo 3º), constituindo ato ilícito sujeito à conseqüente obrigação reparatória.

Destarte, em uma situação fática de alienação parental, poderá o juiz, cumulativamente ou não: 1. declarar a ocorrência de alienação parental; 2. ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; 3. estipular multa ao alienador; 4. determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; 5. determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; 6. determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente; 7. declarar a suspensão da autoridade parental.

Na hipótese de mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou o adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (artigo 6º, parágrafo único).

Nesse contexto, a advertência é o primeiro caminho na realização de todas as outras medidas para encerrar ou minorar a prática da alienação parental. De outra parte, a ampliação do regime de convivência familiar mostra claramente que a lei vislumbra ser a guarda compartilhada um mecanismo capaz de diminuir os efeitos da alienação. Dessa forma, convivendo maior tempo com o genitor alienado, o menor será capaz de estreitar seus laços de afetividade com ele e sofrer uma menor influência daquele que praticou atos abusivos.

É importante salientar, outrossim, a previsão legal sobre multa ou *astreintes* como método alternativo ou cumulativo às demais medidas previstas e tendo por objetivo o desestímulo das práticas alienatórias.

A multa deve ser fixada de acordo com a capacidade econômica do infrator e será adequada em casos cuja verificação

acerca dos atos de alienação seja de fácil constatação, como quando o genitor alienador costuma, sem maiores justificativas, marcar compromissos para o menor nos finais de semana que são destinados à visitação do alienado<sup>6</sup>.

Registrem-se, sobre o assunto, as palavras de Douglas Phillips Freitas (2015, p. 50):

O magistrado, contudo, deve vincular a fixação das *astreintes* somente às condutas alienatórias facilmente verificáveis (comprováveis), se não sua execução será frustrada e as partes, que possuem um grau mais elevado de litigância, terão outro ponto a discutir sem maiores resoluções<sup>7</sup>.

Em que pese a omissão legislativa, o melhor entendimento é de que a multa seja revertida ao genitor alienado com o obje-

---

<sup>6</sup> Eis a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Agravo De Instrumento – Ação Declaratória De Alienação Parental – Decisão Determinou O Cumprimento Do Acordo De Visitas – Prevalência Do Interesse Do Menor – Imposição De Multa – Possibilidade. – Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho, torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. – Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha” (TJMG – AI nº 10105120181281001, Relator Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, J. 23.1.2014).

<sup>7</sup> Em posicionamento contrário à aplicação da multa na alienação parental, Frederick Gondin (2010) pontua: “Então, como aplicar essa pena quando, o inciso III do art. 6º da Lei da Alienação Parental, está desprovido dos necessários parâmetros em relação ao mínimo ao máximo dando margem a uma dosimetria duvidosa e ficando o valor a ser fixado ao livre arbítrio do magistrado? Considerará o magistrado de forma responsável e coerente sopesando a realidade socioeconômica do alienante quando da aplicação da multa? E, como é fácil de constatar, sequer aponta o destinatário do numerário objeto da cobrança ou da possível execução. Beneficiará a quem? Quem será o credor? O genitor alienado?”.

tivo de desestimular o alienante da continuidade da prática de atos específicos de abuso, como o descumprimento reiterado do acordo de visitas, sendo cabível ainda, em casos de maior gravidade, a indenização pelos danos morais causados.

A par das sanções previstas, o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial (artigo 6º, IV) também é medida que se impõe. Nessa perspectiva, todos os envolvidos no conflito familiar podem ser submetidos de forma compulsória a um acompanhamento profissional específico, tornando-se possível a reconfiguração afetiva. Diante desse quadro, a multa pode servir como meio de coerção na hipótese de descumprimento de tal determinação pelo genitor alienante.

Saliente-se, ainda, que, além da guarda compartilhada, poderá o juiz determinar a sua inversão, fixando a guarda unilateral em favor do genitor vítima do abuso praticado (artigo 6º, V). Sendo essa uma medida de maior contundência, haja vista as consequências possíveis, a inversão deve ser aplicada em casos graves de alienação parental, desde que os elementos técnicos evidenciem que a alteração da guarda representa o melhor para o interesse do menor e que o guardião seja apto a viabilizar a efetiva convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor.

No que concerne à guarda unilateral, não se pode deixar de mencionar que o regime de guarda compartilhada é hoje priorizado na Lei nº 13.058/2014, com a divisão de responsabilidades entre os genitores na rotina dos filhos, participação igualitária nas tomadas de decisões e extensão do período de convivência com ambos, ainda que não exista consenso entre os pais em relação a esse modelo.

De outro modo, a mudança abusiva e injustificada do endereço do menor também é vista como prática alienadora rotineira e, por isso, prevista expressamente na lei (artigo 6º, VI). Essa conduta do alienador ocorre sem qualquer fundamento, com o propósito específico de retirar por completo a criança ou o adolescente do convívio do outro genitor e dos demais parentes.

A retirada abrupta e imotivada do menor de seu ambiente escolar e familiar é ato alienador grave, podendo lhe causar um enorme abalo psíquico, prejudicial ao seu desenvolvimento sadio. Nas lições de Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis (2014, p. 80):

Uma das formas mais graves pela qual se pode manifestar a alienação parental é a alteração injustificada do endereço do menor, quando o alienador é aquele que detém a sua guarda. Tal medida é de extrema gravidade e, sem perceber, o alienador, além de privar o menor do contato com os entes de sua família, nessa verdadeira extradição sofrida, ainda perde a referência de todos os contatos feitos, já que suas relações pessoais vão além daquelas mantidas com seus parentes, como na escola com seus amigos, o que pode acarretar, no menor, diversos problemas no seu desenvolvimento psicológico.

Uma vez verificado o ato alienatório pela mudança injustificada de endereço, o juiz determinará a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente, podendo, ainda, para garantir o direito de visitas, inverter a obrigação de levar ou retirar o menor da residência do genitor (artigo 6º, VI).

Ainda, em atenção à gravidade do caso, o artigo 6º, VII, da lei em questão possibilita ao juiz a declaração da suspensão da autoridade parental, referindo-se à expressão poder familiar do Código Civil de 2002<sup>8</sup>.

Por fim, é importante salientar, em casos de suspensão do poder familiar, que a reiteração das práticas abusivas pode ser causa, em última instância, da extinção do referido poder, de acordo com o que determina o artigo 1.638 da lei civil.

---

<sup>8</sup> Segundo Douglas Phillips Freitas (2015, p. 56), “o inciso VII do art. 6º da Lei da Alienação Parental, embora não use a expressão ‘Poder Familiar’, refere-se ao mesmo instituto, logo, deve ser a Alienação Parental acrescida ao rol das causas que permitem a ‘suspensão do poder familiar’, que pode ser por tempo determinado, de todos os seus atributos ou parte deles”.

## 7. A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Primeiramente, temos como ponto de partida a possibilidade de caracterização do ato ilícito indenizável nas relações familiares em geral. O próprio artigo 3º da Lei nº 12.318/2010 estabelece que a prática da alienação parental

[...] fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Com base nisso, fica evidente que se trata de uma violação ao dever jurídico de facilitar e não impedir a formação das relações afetivas no âmbito familiar.

De outra parte, o artigo 6º da mesma lei complementa a ideia do ilícito indenizável dizendo que as sanções previstas poderão ser aplicadas, “cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal”.

A responsabilidade civil subjetiva, entendida genericamente como sendo a obrigação de reparar os danos decorrentes do ato ilícito praticado, é resultante do descumprimento de uma obrigação ou da violação de direitos alheios com a comprovação da culpa genérica, que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência e imperícia).

Sendo assim, o ato ilícito decorrente da alienação parental, culposo ou doloso, contraria diretamente a cláusula geral de tutela da pessoa gerando o dano moral indenizável tanto ao menor quanto ao genitor alienado. O genitor que pratica o ato de abuso, dificultando a convivência do filho com o outro genitor e/ou seus parentes, causa dano direto aos direitos existenciais

relacionados à afetividade e à convivência familiar harmônica.

A condenação em dano moral, nesse caso, assume não apenas o caráter punitivo, mas também serve de desestímulo à continuidade de tal comportamento. A indenização devida tanto ao genitor alienado como também ao menor, dependendo das circunstâncias, não apenas compensará a dor e o sofrimento causados pela relação afetiva conflituosa impulsionada pelo genitor infrator, mas também poderá ser destinada à realização de tratamento psicoterapêutico capaz de restaurar o vínculo afetivo prejudicado.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência atual já reconhece o cuidado como um valor jurídico a ser preservado, sendo a afetividade uma condição necessária a ser preservada pelos genitores para uma adequada formação psicológica e inserção social dos filhos<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> É importante destacar que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que o abandono afetivo é ilícito civil ao infringir o dever de cuidado: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na

Desta feita, da mesma forma que é possível a condenação por dano moral ao genitor que descumpre o seu dever de cuidado, praticando sem qualquer justificativa plausível o denominado abandono afetivo, também deve ser responsabilizado o genitor que inviabiliza e prejudica a convivência do filho com o outro genitor, descumprindo claramente o seu dever de contribuição para o sadio desenvolvimento psicológico do menor, em afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana com reflexos na diretriz da afetividade.

## 8. NOTAS CONCLUSIVAS

As transformações sociais ocorridas e a nova distribuição dos papéis na família fizeram que ambos os genitores sejam figuras participativas e atuantes na criação e formação dos filhos. Para isso, é fundamental que a relação de afetividade se perpetue entre os pais e filhos, ainda que tenha ocorrido o rompimento do casamento ou da união estável e a formação dos novos núcleos familiares.

Constitui-se, portanto, de fundamental importância, que os genitores, mesmo com o término do relacionamento, continuem mantendo uma relação de respeito e de cooperação, com o objetivo de propiciar o pleno desenvolvimento dos filhos comuns.

Nessa perspectiva, a Lei nº 12.318/2010 constitui um significativo avanço na redefinição dos papéis parentais. Trata-se, sem dúvidas, de um mecanismo legislativo de efetividade e concretização do princípio da afetividade no ambiente familiar, impondo deveres jurídicos específicos aos genitores.

---

estrita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24.4.2012, DJe 10.5.2012).

Desta feita, a referida lei é importante para que a cooperação e o respeito no ambiente familiar deixem de ser simplesmente uma imposição moral como outrora se compreendia, para se transformar em obrigação jurídica exigível, inclusive, por meios judiciais.

Os atos de alienação parental representam uma lesão aos direitos fundamentais, com a evidente caracterização da prática de abuso contra a criança ou o adolescente. Assim, a lei interfere no conteúdo das relações familiares, pautando o comportamento dos genitores, que poderão sofrer sanções com vistas à interrupção dos atos alienadores prejudiciais à criança ou ao adolescente.

O ambiente familiar, que antes era visto como algo eminentemente privado, sagrado e alheio a qualquer interferência, hoje é controlado por um sistema jurídico cuja preocupação é garantir a qualidade dos relacionamentos humanos, preservando os laços afetivos na relação paterno-filial e tornando possível a formação sadia e equilibrada da criança e do adolescente, mesmo após a separação dos pais.

## REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, F. V.; ALEXANDRIDIS, G. *Alienação parental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, D. P. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6 v.

GAMA, G. C. N. da. *Direito de família brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GAMA, R. R. *Teoria geral do direito familiar*. Campinas: Russel, 2007.

GONDIN, F. *Alienação parental: a impropriedade do inciso III do art. 6º da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Paren-*

- tal). Disponível em: <[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)>. Acesso em: 3 jul. 2015.
- GUZZELLI, M. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, M. B. (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MADALENO, R. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEIRA, F. de M. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L. (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PEREZ, E. L. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10). In: DIAS, M. B. (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, D. M. P. da. *Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?* 2. ed. rev. e atual. Campinas: Armazém do Ipê, 2011.
- SOUZA, J. R. *Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. Leme: Mundo Jurídico, 2014.
- TRINDADE, J. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, M. B. (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



# ÓRFÃOS DE PAI VIVO: QUANDO O ABANDONO EFETIVO E A ALIENAÇÃO PARENTAL SE ENCONTRAM

*Natália Matschinske de Almeida*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Muito embora seja função precípua dos genitores, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o dever da sociedade e do Estado de garantir a proteção de crianças e adolescentes, por meio do consagrado princípio da proteção integral ou do melhor interesse da criança e do adolescente, presente no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal (CF).

O mencionado dispositivo é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), cujo conteúdo garante às pessoas em processo de desenvolvimento a dignidade prevista no artigo 1º, III, da CF, como também impõe deveres de atenção, cuidado e convivência familiar, coibindo a prática de condutas lesivas ao seu crescimento saudável.

Não obstante tal dever de convivência conste da lei, a melhor das hipóteses sugere que os pais sejam presentes na criação dos filhos, independentemente do texto legal ou de qualquer punição que dele advenha. Idealiza-se que, no bojo de uma

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Assistente judiciária no Fórum Criminal da Barra Funda – TJSP – e membro integrante do Grupo de Estudos “Família e Felicidade: objeto e objetivo” da Faculdade de Direito da UPM.

família, haja o amor e cuidado necessários para que a prole se desenvolva de forma saudável, levando-se em conta não apenas a saúde física, mas também a mental.

Contudo, nem sempre nos deparamos com a melhor das hipóteses. Famílias se desfazem, laços são cortados, vínculos desfeitos e danos causados.

Não é difícil encontrar situações em que um genitor deixa deliberadamente de participar da vida de seus filhos, vindo a romper os laços afetivos que tinha com eles. Aqui, não importa se o pai provê o sustento da criança, mas sim que não esteve presente durante o seu desenvolvimento, garantindo amor e cuidados que apenas ele poderia fornecer.

É importante ressaltar que existem diversas modalidades de abandono afetivo e que a situação mencionada representa apenas uma das possibilidades. Outrossim, apesar de possível a rejeição afetiva pela genitora, o presente capítulo abordará tão somente o abandono moral realizado pelo pai, bem como suas consequências, motivos e incentivos.

Diante disso, busca-se discutir a influência paterna no desenvolvimento infantil e os reflexos do abandono, bem como a possibilidade de reparação financeira pelos danos morais causados ao longo do crescimento do menor, privado da convivência comum dos seus genitores.

Ademais, diante dessas considerações iniciais, questiona-se:

- Pode o genitor desistir da convivência com o filho em razão do desgaste da relação paterno-filial gerado por alienação parental?
- A quem deverá ser imputada a culpa pelos danos psicológicos gerados ao filho fruto desse relacionamento destrutivo?
- E nesse contexto, caracterizando-se o abandono afetivo como causa de danos insuperáveis, é possível considerá-lo, portanto, uma forma de violência?

São essas as questões a que o presente capítulo busca

responder, com base em pontos de vista doutrinários e jurisprudenciais atuais, levando-se em conta sempre o melhor interesse da criança envolvida no conflito.

## **2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A FAMÍLIA E OS PAIS: SUAS FUNÇÕES E FINALIDADES**

Consagrado como núcleo do ordenamento jurídico, é do princípio da dignidade da pessoa humana que irradiam os demais princípios como liberdade, solidariedade, afetividade, entre outros (DIAS, 2010, p. 62-64). Mencionada dignidade não é apenas oponível ao Estado, mas também contra a própria família, cujo histórico patriarcal lega aos dias atuais a ideia primitiva de que o patriarca goza de direitos superiores aos dos demais membros e, conseqüentemente, subjugava esposa e filhos (LÔBO, 2011, p. 60-62).

Em que pese tal repercussão negativa, ainda presente em muitos núcleos familiares, a evolução da família como instrumento de realização existencial mostra-se substancial (SILVA, 2009, p. 129) – verifica-se que a subjugação deu espaço ao respeito, tornando a família local de afirmação e concretização da dignidade. Atualmente, a família é tida como eudemonista, aquela “caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um dos seus membros” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 48).

Considerada base da sociedade brasileira pelo artigo 226 da CF, a família passou por incontáveis transformações ao longo dos anos, chegando a diversas modalidades de famílias baseadas na afetividade e no desejo de formar um núcleo familiar.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2012, p. 41) conceituam família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Em complementação, afirma Giselle Groeninga (2011, p. 32) ser o conceito de família indissociável de sua finalidade, focada no desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e na afetividade que os une. Sua função é a proteção, essencial para o desenvolvimento físico e mental, levando-se em conta a maior dependência biológica e psíquica do ser humano, quando comparado a outros seres vivos (GROENINGA, 2011, p. 35).

A par disso, resta justificada a qualidade constitucional de base da sociedade, bem como a necessidade de especial atenção e proteção pelo Estado. Afinal, “é na família que se aprendem as leis básicas de convivência em sociedade, os valores, a moral e a ética” (GROENINGA, 2011, p. 34).

Inclusive, o próprio ordenamento reconhece a imprescindibilidade da presença dos genitores na criação de sua prole ao garantir constitucionalmente a convivência familiar.

Antes de abordar os direitos e deveres impostos legalmente aos genitores, necessário se faz compreender a função que os pais desempenham na vida e no desenvolvimento dos filhos.

Entende-se por função materna ou maternagem a habilitação da mãe, ou de quem lhe faça as vezes, de conectar-se com o filho – “o lactente nunca existe por si, mas, sim, como parte de uma relação familiar” (GROENINGA, 2011, p. 45), relação esta formada, na maioria das vezes, entre a mãe e o bebê.

A mãe compreende as necessidades do filho, consegue colocar-se em seu lugar, segurando-o quando precisa ser segurado, alimentando-o quando pressente estar com fome, gerando na criança a capacidade de confiar não apenas em si, mas também no ambiente que a cerca. E é a partir desse momento que a criança passa a ser, agir e existir.

A função paterna, por sua vez, diz respeito à proibição, exercida pelo genitor ou quem lhe faça as vezes. Trata-se da imposição de regras e interdições, seguidas de explicação (GROENINGA, 2011, p. 54), das quais decorrem as habilidades de ponderação em detrimento da satisfação imediata do desejo, bem como a capacidade de exercer a função paterna com sua

futura prole (GROENINGA, 2006, p. 447).

Percebe-se, portanto, que “é na interação com o outro, inicialmente na família, por meio do amor, que se desenvolvem na personalidade as qualidades eminentemente humanas de pensamento, autorreflexão e empatia” (GROENINGA, 2006, p. 448).

Estudos realizados com crianças institucionalizadas demonstram que, em virtude da ausência da mãe,

[...] a criança pode parar de sorrir para o rosto humano ou parar de reagir diante de uma brincadeira ou estímulo, ficar inapetente ou, ainda, apesar de bem nutrida, não conseguir ganhar peso, dormir mal ou não demonstrar iniciativa (GROENINGA, 2011, p. 45).

Por seu turno, a ausência da função paterna não acarreta apenas a inabilidade de ser pai ou deficiências no desenvolvimento da personalidade, mas também afeta a incorporação de valores éticos e, conseqüentemente, a habilidade de conviver em sociedade.

Considerando que tais funções são exercidas no interior do núcleo familiar, tem-se presente a primeira noção de direitos/deveres dos genitores, os quais são denominados atualmente de poder familiar e estão previstos em normas contidas na CF<sup>2</sup>, no Código Civil, no Código Penal e no ECA. Sobre o assunto, explica Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 374, grifos do autor):

O aludido instituto constitui, como foi dito, um *múnus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, *irrenunciável*, incompatível com a transação, e *indelegável*, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo

---

<sup>2</sup> O artigo 229 da CF prevê explicitamente que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. Ou seja, enquanto o filho não atingir a maioridade, os pais devem exercer citado *múnus*, ressalvados os casos de falecimento ou extinção do poder familiar.

que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado.

Além disso, o poder familiar também é imprescritível, ou seja, não decai pela falta de exercício do genitor, mas é perdido tão somente nas formas previstas em lei. Trata-se, também, de dever imposto a ambos os pais, em igualdade de condições.

É importante ressaltar, entretanto, que o poder familiar subsiste independentemente da separação dos genitores.

Diante desse cenário, a legislação estabelece a possibilidade da fixação de guarda, indicando a prevalência da guarda compartilhada ainda que não haja consenso entre os pais, a fim de melhor atender aos interesses dos infantes, garantindo-lhes convivência equilibrada com ambos.

No entanto, nem sempre a guarda compartilhada será indicada, razão pela qual esta poderá ser atribuída a apenas um dos pais, seja por decisão judicial, analisada a situação de fato, ou requerimento dos próprios genitores. Nesse caso, cabe ao genitor não guardião, além de todas as imposições e encargos inerentes ao poder familiar, o direito/dever de visitar o filho, bem como supervisionar os seus interesses e interferir em assuntos que o afetem direta ou indiretamente, conforme disposto no artigo 1.583, § 5º, do Código Civil.

Mencionada situação não se revela problemática, sobretudo se houver harmonia entre os integrantes do grupo familiar. É compreensível ausência física de um dos genitores durante a semana, desde que seja presente por outros meios, como telefonemas e mensagens.

O impasse tem início quando o genitor não guardião deixa de realizar as visitas regulares, contatar o filho, preocupar-se com o seu bem-estar, relegando o poder familiar e o afeto apenas ao que detém a guarda.

A sensação de abandono torna-se uma constante na vida da criança, até que os laços são definitivamente cortados. É nesse contexto que surge uma das modalidades de abandono afetivo,

cujo estudo será aprofundado no seguinte tópico.

### 3. DO ABANDONO AFETIVO

São inegáveis os reflexos de uma convivência harmoniosa com os pais no desenvolvimento de crianças. A necessidade da presença paterna supera expectativas sociais, inserindo-se no âmbito do crescimento psíquico saudável.

A figura paterna sempre esteve atrelada à segurança, seja ela financeira, já que na família patriarcal era o chefe que provia a subsistência da esposa e dos filhos, seja afetiva, visto que fonte de disciplina e proteção. Nesse contexto, é importante estabelecer as diferentes formas de abandono afetivo, que guardam em comum a ausência do exercício dos deveres paternos e os consequentes danos ao filho.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o genitor não precisa ter seu paradeiro desconhecido para a ocorrência do abandono moral, mas sim que, ciente de que possui filhos, os rejeite, gerando neles danos de ordem psíquica, sobretudo na autoestima e no amor próprio (MADALENO, 2015).

É relevante mencionar ainda que o abandono afetivo não se confunde com o abandono material. Neste último, o genitor deixa de prestar assistência financeira, descumprindo o dever de sustento. Assistência material não significa suprimento das necessidades afetivas, embora alguns julgadores equivocadamente discordem, como veremos adiante.

Uma das modalidades mais comuns de abandono afetivo tem início com a separação do casal. A guarda dos filhos é atribuída unilateralmente à mãe, que se incumbe do dever de zelar pela prole no dia a dia – levar à escola, acompanhar os deveres de casa, alimentar e disciplinar –, assumindo o papel de pai e mãe durante a semana.

Não é raro a própria mãe escolher a detenção da guarda unilateral e aceitar tal incumbência como decorrência lógica

do seu *status* materno, em detrimento da sua própria vontade de criar os filhos, em grande parte do tempo, sozinha. Referida concepção baseia-se na equivocada ideia de que

[...] a mãe – por ser ela quem carrega a criança em seu ventre durante a gestação – é a que maior contato e afeto tem pela criança; o homem, por sua própria condição, é considerado coadjuvante no processo de nascimento da criança (CANEZIN, 2006, p. 79)<sup>3</sup>.

Contudo, a própria imposição ou escolha da guarda unilateral já predis põe ao abandono. Embora não seja regra, ressalvados os casos em que a convivência com o genitor acarrete mais danos que a sua ausência, é injustificável a presença do pai apenas aos finais de semana, sobretudo por ser tempo insuficiente para o exercício dos deveres paternos de forma reiterada.

Informalmente, esse tipo de genitor é denominado “pai quando dá” ou “pai de final de semana”, em razão de suas “aparições” nos dias de visita. O interesse que demonstra é superficial – pergunta da escola e da saúde, sem real preocupação. Pensa que o filho está bem, pois tem a mãe para prover o carinho e a atenção que não pode dar, afinal, precisa reestruturar sua vida, precisa trabalhar para pagar a pensão alimentícia, está deprimido pela separação. Acredita que a mãe tem a capacidade natural de criar os filhos, dar atenção, trabalhar e reorganizar sua vida – situação aceita pela sociedade, que inclusive toma as dores do genitor, em verdadeira demonstração de que a família patriarcal não se extinguiu por completo (FERNANDES, 2015).

O filho, por sua vez, idealiza o pai, cuja distância física torna sua imagem cada vez mais nebulosa, vindo a criança a sobrepor a sensação de abandono velado pela adoração à ima-

---

<sup>3</sup> Nesse contexto, explica Rodrigo da Cunha Pereira (2015): “os motivos da escolha da guarda estão mais associados ao senso de dever e de culpa. Elas sentem sua preeminência materna como um poder que não querem dividir, mesmo que seja à custa de seu esgotamento físico e psíquico”.

gem paterna. Afinal,

[...] quem não exerce mais fascínio do que aquele homem herói que surge como um relâmpago e só aparece de vez em quando? Que como num lampejo de cometa se materializa, do nada, cheio de fantasias, e quando vai embora deixa apenas o arfar daquele suspiro infantil, tal qual uma abóbora que se desvanece após a badalada da meia noite. Um verdadeiro conto de fadas, um conto para crianças, de autoria do pai quando dá (FERNANDES, 2015).

Esse abandono velado não necessariamente causa os danos em comento. Fato é que, para a real caracterização do abandono moral, é necessária a percepção da rejeição, que ocorre quando as visitas, já escassas, tornam-se cada vez menos frequentes. E uma vez percebida a rejeição, iniciam-se as consequências psicológicas.

Nesse momento, as incontáveis justificativas apresentadas pelo genitor passam a não ser aceitas, e a imagem idealizada do pai começa a desvanecer. Passa de herói a vilão ao deixar de participar ativamente da vida do filho, principalmente quando a própria sociedade impõe a presença paterna em datas especiais, como aniversários, dia dos pais, formaturas etc.

Pouco importa a tentativa da mãe em suprir a ausência paterna; não interessa que a pensão seja religiosamente depositada e garantida a subsistência do infante. De acordo com Claudete Canezin (2006, p. 80), isso não traz conforto à criança, uma vez que “a ausência do pai ficará para sempre marcada em seu coração como marca indelével da rejeição que sofreu quando ainda pequena”.

Os reflexos negativos da rejeição, muitos deles irreparáveis, consistem em sintomas de depressão, ansiedade, tristeza, insegurança e complexo de inferioridade ao presenciar colegas e conhecidos com boa relação familiar (MADALENO, 2015).

Outra frequente situação ocorre quando a convivência entre pai e filho sequer existiu. Nessa segunda modalidade de

abandono, verifica-se que o genitor tem ciência de que gerou um filho. Talvez até tenha convivido com ele enquanto era bebê, mas deixou de participar da vida deste muito cedo, antes mesmo que pudesse ter lembranças de eventual sentimento de afeto.

A ocorrência desse tipo de abandono é comumente motivada pelo desejo do genitor de não ser pai. Não houve separação traumática ou lenta supressão dos laços afetivos. Houve, na realidade, a vontade de não participar da criação do filho, situação em que os danos são igualmente causados, pois presente a rejeição necessária à sua caracterização.

É importante registrar que esse pai pode amar outros filhos e cuidar deles, frutos de outros relacionamentos. Ou seja, a vontade de não ser pai de uma criança específica não significa inabilidade de amar.

O mesmo ocorre quando não se sabe do paradeiro do genitor que abandonou. Ainda que exista a possibilidade de a criança idealizar a imagem paterna, persistirá a sensação de que foi deixada deliberadamente de lado por aquele que deveria amá-la sem qualquer ressalva.

Em outros casos, talvez ainda mais graves, a rejeição é pública. Sabe-se que o genitor existe e que talvez até frequente os mesmos meios sociais, mas ignora a presença do filho, inclusive se recusando ao reconhecimento da paternidade.

Por fim, paradoxalmente, Giselda Hironaka (2015) aventa a possibilidade da ocorrência de danos morais causados por pais que convivem com os filhos – ou melhor, que com eles coabitam. Esses genitores delegam a criação e disciplina dos filhos a terceiros, transferindo a professores e babás, por exemplo, deveres superiores aos que lhe são incumbidos contratualmente.

Apesar da dificuldade de comprovar essa forma de abandono, principalmente porque os pais estão presentes no dia a dia, a rejeição é visível e capaz de causar danos psicológicos. Alerta a professora que “deve-se atentar para o fato de que não basta presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais” (HIRONAKA, 2015).

Apresentadas as modalidades de abandono, questiona-se:

- Diante dos graves danos decorrentes da ausência paterna, poderia o abandono afetivo ser considerado uma forma de violência?

A fim de responder a esse questionamento, é preciso, antes de tudo, entender o que constitui a violência doméstica contra crianças e adolescentes, conceituada por Viviane Guerra (2005, p. 32) como

[...] todo ato de ação ou omissão praticado pelos pais, parentes ou responsáveis contra crianças e adolescentes que, sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima implica de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto, e de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação ao direito que as crianças e os adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Apesar de a definição supratranscrita ser por demais abrangente, em breve análise, é possível verificar que, entre as modalidades de violência, a negligência, que ocorre quando um dos genitores deixa de prover as necessidades físicas ou emocionais da criança ou do adolescente, e a violência psicológica, caracterizada pela interferência negativa do adulto sobre a criança – como rejeição e isolamento (BRASIL, 1997, p. 13-14) –, são as que guardam maior compatibilidade com o tema em questão. Na verdade, é possível perceber que a negligência e a violência psicológica, esta última consubstanciada pela rejeição, são elementos do abandono afetivo, restando cristalino que é, portanto, forma de violência contra menores.

Diante dos efeitos severos dessa forma de violência contra menores e suas consequências na vida adulta, indaga-se:

- O genitor deve cumprir o dever de convivência a fim de

evitar o comprometimento da psique de sua prole, ainda que não exista afetividade?

Como visto, as influências da participação dos pais na criação dos filhos determinam inúmeras consequências, comportamentos e sequelas. Não se pode mais falar em relacionamento paterno-filial sem mencionar o princípio da paternidade responsável, pelo qual se deve avaliar a capacidade de arcar com as responsabilidades inerentes à decisão de ser pai (COSTA, 2008, p. 285). E uma vez tomada, tal decisão regerá a vida daquele pai até que o filho atinja a maioridade.

Os princípios, nesse caso, deverão ser sopesados – a dignidade do pai em não querer criar seu filho e o melhor interesse do menor.

No âmbito afetivo, não há qualquer garantia de reciprocidade do afeto. Embora devesse prevalecer o interesse da prole, não há meios de exigir o amor paterno, tampouco o exercício da paternidade responsável, de modo que o pai que não deseja participar da criação do filho dela não participará.

No âmbito legislativo, não houvesse prevalência dos direitos da criança, os diplomas legais anteriormente mencionados não trariam previsão expressa do dever de convivência. Contudo, inexistem efetivas sanções que punam o pai ausente.

A única penalização pela omissão paterna é a perda do poder familiar, prevista no artigo 1.638, II, do Código Civil, a qual se mostra ineficaz, inclusive dando suporte legal para o abandono – não constitui uma pena, mas sim uma bonificação (DIAS, 2010, p. 453).

Diante dessa lacuna legal, são várias as tentativas de fazer prevalecer o dever de convivência e punir o genitor pela sua ausência por meio de demandas de obrigação de fazer e imposição de multa por descumprimento de acordo ou determinação judicial de visitas.

Aqui, estamos diante de um estágio preliminar do efetivo dano causado pela ausência – trata-se da tentativa, na maioria

das vezes frustrada, de fazer com que o pai mantenha singelo contato o filho, a fim de amenizar sua dor e as consequências do abandono completo.

De um modo geral, argumenta-se que a visitação, inicialmente forçada, pode se tornar desejada com o passar do tempo, existindo real possibilidade de se estreitarem os laços afetivos, desenvolvendo verdadeira relação paterno-filial.

No entanto, vale questionar se a convivência forçada não acarretaria mais danos que a ausência. Esse tem sido o entendimento jurisprudencial sobre o tema em comento. Confira-se:

É de pensar qual o ânimo de um pai que vai buscar contato com seus filhos premido exclusivamente pela ameaça de uma multa? Deixará ele perceber a tão desejada afetividade que idealmente deve permear a relação entre pais e filhos? Ou, ao contrário, constrangido pela situação que lhe é imposta, exporá as crianças a situações de risco emocional, ou até físico, como forma de provocar na parte adversa o desejo de vê-lo longe da prole, que é aquilo que, afinal, ele pretende. [...] O resultado: um verdadeiro “tiro pela culatra”, cujas vítimas serão as crianças, pois amor não se compra, nem se impõe<sup>4</sup>.

Não havendo qualquer sanção pelo descumprimento do dever de convivência, a sua obrigatoriedade fica comprometida, dando margem à efetivação dos danos. Diante disso, passou-se a questionar a possibilidade da reparação financeira dos danos causados pelo pai ausente, tema que será tratado adiante.

#### **4. DA INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO**

A legislação brasileira, mais especificamente o artigo 927 do Código Civil, prevê a responsabilização civil pelo cometimento de ato ilícito e a obrigação de reparar os danos dele decorrentes.

---

<sup>4</sup> TJRS. Ap. Cível nº 70053651659, 8ª Câmara Cível, Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 23.5.2013.

Para tanto, é necessária uma ação ou omissão voluntária, que viola determinado direito e causa danos a outrem, bem como o nexo de causalidade entre uma e outro.

No presente caso, verifica-se o ato ilícito quando o pai descumpre as determinações legais de convivência, educação e criação dos filhos. Trata-se de prescrições legais que impõem um dever ao genitor, e não uma opção.

Por seu turno, o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do pai e o dano do filho será verificado por meio da perícia psicológica, que estabelecerá a extensão e as consequências desse dano na vida da pessoa. Como exemplo, colaciona-se trecho de julgado que demonstra esse nexo e suas consequências, essencial para o deslinde do feito:

A perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que *o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter se esquecido da filha. [...] Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalharam seu desenvolvimento profissional e relacionamento social (grifo nosso)*<sup>5</sup>.

É importante frisar que, para a caracterização do dano, é necessário que este ocorra durante a infância e adolescência, enquanto o filho está sob o poder familiar, momento em que a lei impõe aos pais o dever de convivência e cuidado. Tal dever cessa com a maioridade, não havendo que se falar, portanto, em reparação por abandono ao filho após a maioridade (COSTA, 2008, p. 285).

Um fator relevante para a identificação do abandono afetivo é a ausência contínua do genitor, não bastando a ausência

---

<sup>5</sup> TJSP. 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Processo nº 01.036747-0. Juiz Luiz Fernando Cirillo. Julgado em 5.6.2004.

temporária, avaliado o contexto de sua ocorrência no âmbito familiar (COSTA, 2008) – a impossibilidade de visitas frequentes em virtude de residência em cidades diversas ou doença, por exemplo, não permite a caracterização da rejeição. É necessário razoabilidade na constatação do abandono, não significando, contudo, que o pai possa se valer da distância para romper por completo o vínculo afetivo com o filho.

E nem se fale que a paternidade era indesejada, responsabilizando-se unicamente a genitora pela prole. Em argumentação singela, se assim fosse, a legislação atribuiria deveres apenas à mãe, que manteve a gestação até o nascimento da criança, o que não se verifica. Ora, se não desejava ser pai, houvesse tomado as providências cabíveis<sup>6</sup>.

Uma vez presentes os requisitos necessários, o filho poderá ingressar com a demanda reparatória em face do genitor que o abandonou, lastreada na ocorrência de danos psicológicos, cuja comprovação depende de laudo.

É importante frisar, entretanto, que a questão não está pacificada pelos tribunais, sendo possível verificar decisões contraditórias sobre o tema. Caminha-se para um consenso – recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm sinalizado pela possibilidade de reparação dos danos pela omissão de afeto –, mas, quando se trata da monetarização de sentimentos, não há como estabelecer um padrão sem antes analisar o caso concreto.

Contra a reparação financeira pelo abandono paterno, argumenta-se que a ausência de assistência afetiva não consiste em ato ilícito, porquanto inexistente lei que obrigue o pai a amar o

---

<sup>6</sup> “Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai, deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente” (TJRS. 2ª Vara de Capão da Canoa/RS. Processo nº 141/1030012032-0. Juiz de Direito Mário Romano Maggioni. Julgado em 15.9.2003.

filho, não ensejando, portanto, a indenização por danos morais<sup>7</sup>.

Questiona-se, ainda, se a reparação financeira supriria as necessidades de carinho, visto estas serem inestimáveis e impossíveis de ser traduzidas a valores. Ora, o filho deseja amor ou dinheiro? E se deseja o amor, aduz-se, ainda, que o provimento favorável poderia afastar o genitor por completo, impedindo o amor tardio e a reconstrução da relação paterno-filial<sup>8</sup>.

Afirma-se, igualmente, que o cumprimento das funções paternas se esgota na prestação alimentícia, já que a indenização geraria inegável enriquecimento sem causa<sup>9</sup>.

Por fim, argumenta-se de forma recorrente que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo”<sup>10</sup>. A própria doutrina tem argumentos nesse sentido, afirmando que a finalidade da demanda reparatoria seria a imposição do dever de amar aquele que não ama, situação que foge da guarida do Judiciário.

Tal entendimento, em compensação, é rechaçado por doutrinadores e julgadores que entendem pela possibilidade da atribuição de responsabilidade àquele genitor que deixou de oferecer ao filho o suficiente para o seu desenvolvimento saudável, principalmente afeto.

Argumenta-se que existe fundamento legal para o dever de convivência, e, se o descumprimento desse preceito normativo gera danos morais, é imperativo o dever de indenizar, sobretudo

---

<sup>7</sup> STJ. RE nº 757.411-MG. 4ª Turma do STJ. Relator Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29.11.2005.

<sup>8</sup> STJ. RE nº 757.411-MG. 4ª Turma do STJ. Relator Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29.11.2005.

<sup>9</sup> Sobre o tema, afirma o desembargador Mário dos Santos Paulo que a reparação pelo abandono afetivo seria, na verdade, uma “gananciosa pretensão oportunista, com o claro objetivo de lucro fácil, na esteira da chamada indústria do dano moral” (TJRJ. Apelação nº 2004.001.13664. 4ª Câmara de Direito Civil. Julgado em 8.9.2004).

<sup>10</sup> STJ. RE nº 757.411. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29.11.2005.

por verificar-se a ocorrência de ato ilícito, consubstanciado na omissão paterna e no descumprimento de deveres legalmente impostos<sup>11</sup>.

Diante disso, é possível concluir que a questão discutida é mais técnica do que afetiva, “pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar”<sup>12</sup>. Em continuação, explica a ministra Nancy Andrighi:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. *Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (grifo nosso)*<sup>13</sup>.

Sobre o amor tardio, entende-se que “tal argumento, de

---

<sup>11</sup> TJDF. Ap. Cível nº 0052731-81.2012.8.07.0001. 3ª Turma Cível. Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 18.6.2014. No famoso julgado da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, o magistrado Mario Maggioni compara a indevida inclusão do nome da parte no SPC com o abandono afetivo. Resta pacificado o entendimento de que a indevida inclusão em cadastro de maus pagadores gera o dever de indenizar, em virtude da violação à honra e à imagem. Se o abandono afetivo também acarreta a violação a tais direitos, por consequência lógica, há o dever de indenizar (TJRS. 2ª Vara de Capão da Canoa/RS. Processo nº 141/1030012032-0. Julgado em 15.9.2003, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 149, ago./set. 2009).

<sup>12</sup> STJ. Recurso Especial nº 1.159.242-SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24.4.2012.

<sup>13</sup> STJ. Recurso Especial nº 1.159.242-SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24.4.2012.

manifesta esqualidez, não convence. Pior do que está, ou do que esteve, jamais ficará”<sup>14</sup>. Por óbvio, o laudo psicológico se encarregará da possibilidade de retomar laços afetivos. Ainda assim, não parece plausível que apenas esse argumento afaste o dever de reparação.

Entretanto, reconhece-se a excepcionalidade da medida – não será qualquer situação de abandono a ensejar o dano, sendo necessário limitar a possibilidade de indenização, sob pena de patrimonializar as relações pessoais<sup>15</sup>.

Quanto à finalidade da reparação financeira, não se trata apenas de consolar a vítima ou apaziguar o dano sofrido. Busca-se a conscientização de que o exercício da paternidade não é opcional – deve-se cumprir o múnus imposto ou reparar os danos causados.

Conclui-se, portanto, que não se pretende impor ao pai o dever de amar o filho por meio de demandas judiciais ou tão somente buscar a reparação para os danos. Mais importante que a punição é o caráter dissuasório, conscientizando os genitores de que o dever de cuidado não se resume à prestação de alimentos. Nesse sentido, concluem Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Cláudia Silva (2015, grifo nosso):

Entendemos que a desatenção, a rejeição, o desafeto devem sofrer sanções, sob o risco de o filho vir a ser titular de direitos reconhecidos, mas vazios e inexigíveis. Além disso, se um pai ou uma mãe não quiser cuidar, dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, essa recusa e essa negligência implicam danos à personalidade, os quais devem ser ressarcidos para provocar reflexões e coibir práticas semelhantes. [...] *Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.*

---

<sup>14</sup> TJSP. Ap. Cível nº 4005529-88.2013.8.26.0320. 2ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Giffoni Ferreira. Julgado em 21.10.2014.

<sup>15</sup> TJDJ. Ap. Cível nº 0052731-81.2012.8.07.0001. 3ª Turma Cível. Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 18.6.2014.

Outra questão constantemente abordada é o valor da indenização. Parece irrazoável que não se atribua valor aos danos decorrentes da falta de afeto, porquanto inestimáveis. De fato, arbitrar valor a sentimento é tarefa árdua, porém não impossível. Se assim o fosse, ações indenizatórias por violação à honra, imagem ou vida seriam infrutíferas.

Fato é que se deve analisar o caso em concreto, com base no laudo psicológico, na capacidade financeira das partes e nas demais provas juntadas aos autos, não arbitrando valor tão alto que importe em enriquecimento sem causa do autor, tampouco ínfimo a ponto de estimular o abandono paterno.

Deve-se levar em conta, ainda, se houve qualquer situação que tornou o abandono mais doloroso do que é, como humilhação pública e tratamento privilegiado a outros filhos, ou que incentivou a omissão paterna, como a alienação parental praticada pela mãe. Inclusive, é importante estabelecer que a culpa pelos danos poderá ser compartilhada com aquele que estimulou o abandono, o que será abordado no tópico que segue.

## **5. DA ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

Não se pretende aqui vilanizar os pais que não participam da vida dos filhos, afinal a manutenção da relação paterno-filial pode ser prejudicada por uma gama de motivos que contribuem para o distanciamento.

A situação, no entanto, toma contornos mais sérios quando uma terceira pessoa passa a interferir na relação entre pai e filho, promovendo um afastamento premeditado, com a finalidade de suprir necessidades egoísticas de vingança. É nesse contexto que ocorre a chamada alienação parental.

Grande parte dos casos de alienação parental tem inícios semelhantes: são decorrentes de uma união amorosa, pautada em afeto e solidariedade, da qual advém o nascimento de uma ou mais crianças. No entanto, com o término do relacionamento,

por qualquer que seja o motivo, surgem sentimentos de raiva, rancor e ressentimento.

Obviamente, não há regras para o que se sente quando da ruptura do enlace, nem todo término gera os mencionados sentimentos, mas o mal-estar é certo quando tal sofrimento se transforma em desejo de vingança contra o ex-consorte, principalmente diante das consequências mais danosas aos filhos do que ao marido ou companheiro.

Nesse cenário, analisar-se-á o caso específico da mãe, guardiã do filho menor, que tomada pelo sentimento de rejeição e abandono, impede o contato entre pai e filho, ensejando o rompimento dos laços afetivos entre eles.

O comportamento materno prejudicial compreende a desmoralização do ex-parceiro, ensejando uma verdadeira “lavagem cerebral” na criança, “de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador” (DIAS, 2010, p. 455).

A criança, por sua vez, toma como verdadeiro tudo que é dito pela mãe, tornando-se sua maior aliada no embate contra o genitor “malvado”, que a abandonou ou traiu. O afastamento, que era antes tão somente um desejo materno, passa a ser um desejo do próprio filho, que crê nos malefícios da manutenção do relacionamento com o próprio pai.

A criança, vítima de tal comportamento abusivo da guardiã, torna-se verdadeira órfã de pai vivo, sofrendo as mesmas, se não maiores, consequências dos que foram abandonados por seus genitores.

O sentimento de ódio fulmina toda e qualquer possibilidade de acordo, sobrando a esse pai alienado fazer valer o seu dever/direito de visitas por meio do Poder Judiciário.

Tal situação, tão comum atualmente, ganhou a preocupação dos operadores do direito, culminando na edição da Lei nº 12.318/2010, que dispõe acerca da alienação parental e busca evitar as repercussões negativas na criação e no desenvolvimento

das crianças vitimizadas por esse tipo de abuso.

A fim de evitar esse comportamento nocivo, a lei prevê a imposição judicial de medidas para preservação da integridade psicológica dos infantes, assegurando sua convivência com genitor alienado ou viabilizando a efetiva reaproximação entre ambos, além de sanções ao genitor alienador, tudo isso levando-se em conta laudos e estudos psicológicos.

Considerando que na dignidade do infante se inserem os deveres de cuidado, criação e educação, impostos constitucionalmente, e que a genitora que aliena desrespeita a dignidade do próprio filho, é certo que haverá danos emocionais semelhantes aos do abandono afetivo.

Assim é que se defende a possibilidade de pleitear judicialmente a reparação de danos em virtude da alienação parental, sob o mesmo argumento utilizado nas demandas indenizatórias por abandono afetivo. Há uma quebra do dever de cuidado e um dano, conectados por liame causal. Ressalva-se, entretanto, que, nesse caso, a ação seria proposta apenas após a transferência da guarda ao genitor alienado ou a maioria, respeitados os prazos prescricionais. Citada tese, trazida superficialmente em alguns julgados, foi rejeitada.

Agora, supondo que o genitor alienado tenha buscado contato com a criança e não obtido êxito, pode ele desistir da manutenção dos laços afetivos com o filho?

Sendo a irrenunciabilidade e a indelegabilidade duas das principais características do poder familiar, conclui-se que o cumprimento desses deveres não é opcional, ou seja, o pai não pode desistir. Enquanto exercer o poder familiar, o pai deve ser presente na vida do filho ou, ao menos, empreender todos os esforços para manter os laços afetivos.

Dessa forma, em eventual demanda proposta para reparação de danos causados por imaginário abandono paterno, deverão ser demonstradas pelo genitores infrutíferas tentativas de contato com o filho, bem como ser avaliada a possibilidade de futura reaproximação.

Não se questiona que, em determinadas situações excepcionais, o rompimento do afeto paterno-filial possa se dar por culpa exclusiva da mãe. Porém, caberá ao magistrado avaliar, com base nas provas dos autos, se o pai não se aproveitou de eventuais obstáculos iniciais para consumir seu desejo de não participar da criação e do crescimento do próprio filho<sup>16</sup>.

É importante, também, estabelecer o momento em que a alienação parental ocorreu. Menor parcela de culpa terá aquela mãe que, buscando apaziguar o sentimento de rejeição do filho já abandonado, vilaniza o genitor na tentativa de demonstrar que a angústia sentida pela criança é injustificada, uma vez que pai é desnecessário e quiçá prejudicial ao seu bom desenvolvimento. Isso, contudo, não exime sua responsabilização posterior, porquanto a sua atuação pode frustrar o tão raro amor tardio.

Em contrapartida, maior será a responsabilidade da genitora que aliena o pai da vida do filho com finalidade exclusiva de propor posterior demanda alegando danos à prole, quando, na realidade, deseja vendeta pessoal. Aqui, verifica-se locupletação indevida da mãe, que não conseguindo a indenização pela separação falseia dano às custas do filho<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> “O réu não foi paulatinamente excluído, contra a sua vontade, do convívio com a autora, e sim *aproveitou as primeiras dificuldades para ter um pretexto para se afastar, voluntariamente, da requerente*. Sustentar que o abandono alegado pela autora é mera distorção criada no imaginário da autora por sua mãe frustrada é um argumento que não se sustenta, em face do comportamento do próprio requerido que se extrai destes autos, até porque o réu não fez nenhuma prova de que em ‘muitas situações’ tenha sido impedido, por fatores alheios à sua própria vontade, de manter relacionamento afetivo com a autora” (TJSP. 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Processo nº 01.036747-0. Juiz Luiz Fernando Cirillo. Julgado em 5.6.2004, grifo nosso).

<sup>17</sup> Nesse sentido, é o acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja demanda indenizatória foi manejada por desejo exclusivo da mãe: “A mãe da autora reconhece que ingressou com a ação movida por um sentimento de mágoa e raiva e a própria autora, após atingida a maioridade, afirmou

Infelizmente, não há como prevenir tais comportamentos, os quais ocorrem no seio da família e distante de qualquer fiscalização legal ou social. Em alguns casos, a alienação parental é incentivada por familiares e amigos. O mesmo acontece com o abandono afetivo.

Quando a situação alcança o Poder Judiciário, normalmente já possui alto grau de irreparabilidade, e ainda que se aconselhe a realização de tratamento psicológico, resultados apenas serão alcançados com a vontade do paciente. Em outras palavras, é necessário que haja um desejo de mudança por parte dos genitores para sanar o comportamento danoso.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família não é estático, nunca foi e nunca será. As mudanças sociais devem ser acompanhadas pela legislação e por entendimentos jurisprudenciais, sob pena de se perpetuarem injustiças e de se permitir a reiteração de condutas sabidamente danosas.

Com relação à possibilidade de reparação financeira dos danos causados pelos pais, a jurisprudência tem agido com cautela, sendo deferida em alguns casos. E é nesse sentido que o presente capítulo se posiciona.

O direito à reparação financeira decorre de interpretação literal dos dispositivos legais que tratam dos deveres dos pais e da responsabilidade civil pela geração de danos.

---

ter pensado em desistir da ação, mas não o fez. Houve, evidentemente, transferência à autora dos sentimentos de rancor da mãe, nutridos contra o réu” (TJSP. Apelação nº 0004311-14.2006.8.26.0070. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgado em 9.10.2014). Nesse caso específico, inclusive, foi constatado que da conduta do pai, conivente com o afastamento, não advieram danos de ordem psicológica à autora, sendo a indenização afastada em virtude da inocorrência de ato ilícito por parte do genitor.

Assumir, como muitos julgadores, que a aceitação dessa tese implica a monetarização das relações afetivas e afirmar que os danos causados não são passíveis de indenização significa perpetuar a injustiça do abandono. Como é sabido, não há punição legalmente prevista para tanto, servindo o provimento da ação indenizatória não somente para reparar os danos morais da vítima, mas também para dissuadir os genitores de eventual conduta omissiva.

À primeira vista, pode parecer que se busca traduzir em valores o amor não recebido, mas não é o caso. O valor arbitrado a título de indenização não comprará o amor paterno, tampouco sanará a ausência do genitor em cada aniversário, Dia dos Pais ou data especial perdida, mas pode gerar o sentimento de justiça – aquele que deveria ser presente respondeu pelo mal que causou. Outrossim, a punição reforça o caráter obrigatório dos deveres paternos, bem como a ideia de que cuidar do próprio filho não é opcional.

É necessário também atentar à análise do caso concreto, evitando, assim, afetivizar uma relação que sempre foi monetária, sob os fracos argumentos, inclusive os aqui expostos, de que a demanda reparatória seria uma tentativa frustrada de obrigar o pai a amar o filho.

Não obstante, defende-se que a reparação dos danos deverá incidir não apenas sobre o genitor que abandona, mas também sobre o genitor que aliena e promove o afastamento entre pais e filhos, visto que ambas as situações causam sequelas psicológicas.

Sugere-se, por fim, uma transformação do direito civil quanto à questão de monetarização do afeto – a regulamentação da possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo e a previsão de sanções pelo descumprimento dos deveres dos genitores, nos mesmos moldes das sanções previstas pela Lei de Alienação Parental, podem garantir a incidência de abandonos, aumentando a conscientização da necessidade da presença dos pais. Nesse sentido, conclui brilhantemente Giselda Hironaka

(2006, p. 437):

[...] enquanto o direito de família prosseguir ignorando a urgência da transformação, enquanto escolher continuar silenciando acerca do afeto, tudo o que conseguiremos será o continuísmo de um tempo já descabido, tempo este que operou uma idéia inadequada acerca da humanidade, o que, na prática jurídica, foi apenas mais uma maneira de tratar a pessoa humana como se ela fosse uma singela coisa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Violência doméstica contra a criança e o adolescente: proposta preliminar de prevenção e assistência à violência doméstica*. Brasília: Ministério da Saúde, Serviço de Assistência à Saúde do Adolescente, 1997.

CANEZIN, C. C. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, jun./jul. 2006.

COSTA, M. I. P. da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO, R.; MILHORANZA, M. G. (Coord.). *Atualidades do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Curso de direito divil – direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2012. v. 6.

FERNANDES. C. Pai quando dá. Disponível em: <<http://femmaterna.com.br/pai-quando-da/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI.

GROENINGA, G. C. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Ibdfam, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito de convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUERRA, V. N. de A. *Violência de pais contra filhos: uma tragédia revisitada*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

HIRONAKA, G. M. F. N. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito de família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Ibdfam, 2006.

\_\_\_\_\_. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar pelo abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

LÔBO, P. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, R. O custo do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

PEREIRA, R. da C. Pai, por que me abandonaste? Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/149>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

PEREIRA, R. da C.; SILVA, M. C. Nem só de pão vive o homem. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/estado/article/view/3639/3178>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

SILVA, C. M. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2009.

## Parte V

# O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE



# TUTELA PENAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*João Paulo Orsini Martinelli*<sup>1</sup>

*Carolina dos Reis Silva Amaral*<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, aplica-se às relações jurídicas em que estes estão envolvidos, por serem considerados sujeitos vulneráveis, merecendo, assim, especial atenção por parte do Estado. A doutrina de proteção adotada pelo ECA modificou a condição do jovem perante o ordenamento jurídico, que passou de mero objeto da lei para sujeito de direitos.

A proteção ampla e especial conferida ao menor, em decorrência de sua flagrante hipossuficiência, tem suas premissas no princípio da proteção integral, preordenada pelo artigo 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que determina:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal) e doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e advogado.

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Bolsista de iniciação científica Pibic/UFF. Conciliadora no 1º Juizado Especial Criminal de Volta Redonda-RJ.

à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Trata-se, portanto, de um dever que não se dirige apenas ao Estado, ideia que predomina no ideário popular, mas que deve ser compartilhado entre este, a família e a sociedade. O ECA contém diversos dispositivos que regulam a atuação de todos os envolvidos na proteção dos menores de 18 anos, numa manifestação clara de que essa tarefa é compartilhada, não é monopólio do Estado.

Dentre as diversas medidas de proteção previstas em lei, algumas são de natureza penal. Num Estado democrático de direito, o que se espera não é que o direito penal intervenha no modo de vida das pessoas, mas que puna quem se aproveita da vulnerabilidade daqueles que não possuem autonomia ou quem viola seu dever de proteção, como os pais ou tutores.

## **2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS**

O menor goza de proteção especial do direito. Isso revela que, além da família, o Estado também possui o seu dever de garantia. No ECA, Lei nº 8.069/90, temos contemplados a doutrina da proteção integral ao menor e o princípio da prioridade absoluta, ambos adotados pela CRFB no artigo 227.

Nesse sentido, temos claramente a figura da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, cabendo ao Estado, à família e à sociedade o dever de lhes proporcionar todas as condições necessárias ao desenvolvimento pleno. O princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente deve nortear a

atuação de todos, mas em especial do Poder Público. Em breve síntese, a criança e o adolescente não são meros objetos da lei, pois tal consideração faria dos jovens pessoas sem relevância especial, ao contrário do que determinam os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Quando se fala em direitos da criança, fala-se em direitos humanos. Às crianças são conferidos os direitos humanos gerais, isto é, aqueles reconhecidos a qualquer pessoa, mas também os direitos específicos, que resultam da sua condição de vulneráveis e sujeitos em desenvolvimento pleno.

### **3. O CONCEITO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE**

Os conceitos de criança e de adolescente encontram-se no ECA, sendo definidos, respectivamente, da seguinte forma: “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (Lei nº 8.069/90, artigo 2º).

O artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança define de modo menos específico, considerando criança todo o ser humano até a idade de 18 anos, salvo se atingir a maioridade mais cedo, de acordo com a legislação de cada país. Da mesma forma, o artigo 3º, c, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

Trata-se de conceitos legais e estritamente objetivos, isto é, para fins de aplicação das normas dispostas no Estatuto, sendo certo que outras ciências, como a pedagogia e a psicologia, podem levar em consideração outros critérios a fim de limitar um conceito.

Embora o constituinte, em 1988, tenha feito a opção de não utilizar, propositalmente, o termo “menor”, por entender que

possui uma conotação pejorativa e excludente, outros diplomas legais continuam a se valer do termo, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

É importante ressaltar, também, que, para efeitos de aplicação das normas contidas na Lei nº 8.069/90, eventual emancipação entre 16 e 18 anos de idade não esvazia sua condição de adolescentes. A emancipação limita-se a alguns poucos atos da vida civil, pois a vulnerabilidade fática não pode ser afastada completamente por uma ficção jurídica.

#### **4. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO DESTINATÁRIOS DA TUTELA PENAL**

Não é ao acaso que o ECA prevê um rol taxativo de crimes – 16 tipos penais específicos – que visa à proteção do menor. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de quatro milhões de crianças e adolescentes de até 15 anos são vítimas, anualmente, de diversas formas de violência e privação.

A tutela penal desse grupo vulnerável não se verifica apenas no ECA, que é o diploma legal específico, mas, no próprio Código Penal, percebemos que o legislador dispensou a devida proteção ao menor, de modo geral, quando também se encontra na posição de destinatário de um injusto penal.

A criança e o adolescente gozam de proteção penal porque, além de serem considerados um grupo vulnerável, a eles é garantida a proteção integral não por força do direito penal, em si, mas da própria CRFB, que obriga a punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (artigo 227, § 4º).

Isso significa que, quando o constituinte tomou para si o dever de tutela do menor, a fim de proporcionar as condições necessárias ao seu desenvolvimento completo, não se referia apenas à promoção de políticas públicas que visassem a esse fim, mas também ao cerceamento das condutas delituosas

envolvendo menores pela via do direito penal, criando tipos penais específicos. Àquelas condutas mais graves, em especial as que atingem o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, o legislador apostou na repressão criminal como forma de inibi-las.

O capítulo dos crimes contra a criança e o adolescente, no referido estatuto, dispõe sobre os delitos por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal (cf. ECA, artigo 225). Aplicam-se aos crimes do ECA todas as normas da Parte Geral do Código Penal e, no que tange ao processo, as normas pertinentes ao Código de Processo Penal (ECA, artigo 226), sendo importante frisar que todos os crimes nele previstos são de ação pública incondicionada (ECA, artigo 227).

Isso, porém, não significa que exista substancial diferença, em termos processuais, entre os crimes previstos no Código Penal e os crimes previstos no ECA. Refere-se, contudo, ao fato de que o processo e o julgamento dos crimes previstos na Lei nº 8.069/90 só serão de competência do juízo da infância e da juventude no que se refere às infrações administrativas, como prevê o artigo 148, VI do ECA. Em geral, a competência para processar e julgar esses crimes fica a cargo do juízo criminal, a não ser que exista disposição em contrário na Lei de Organização Judiciária local.

## **5. AGRAVANTES NO CÓDIGO PENAL**

O artigo 61 do Código Penal prevê circunstâncias agravantes aplicáveis a qualquer crime do ordenamento jurídico. Essas circunstâncias agravantes genéricas incidem na segunda fase do cálculo de aplicação da pena. Assim, independentemente da natureza do crime, determinadas circunstâncias tornam o fato mais grave, com o respectivo aumento do juízo de reprovabilidade.

São várias as circunstâncias previstas no artigo 61, e algumas estão diretamente relacionadas à tutela da criança e

do adolescente. Uma delas é o crime ter sido praticado contra descendente (artigo 61, II, *e*). Ou seja, qualquer infração penal, praticada por pai, mãe, avô, avó ou qualquer outro ascendente, terá sua pena aumentada. No caso, tanto faz a idade da vítima, pois basta a relação de ascendência do autor. Implica dizer que a pena será agravada quando o menor de 18 anos for vítima de crime praticado por seu ascendente, uma vez que a reprovabilidade da conduta é maior devido ao especial dever natural de proteção reconhecido por lei.

Outra agravante pertinente ao tema diz respeito ao crime praticado “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas” (artigo 61, II, *f*). Duas são as situações previstas. A primeira diz respeito à autoridade exercida pelo agressor sobre a vítima. Quem exerce a autoridade sobre o menor de 18 anos (por exemplo, o professor de ensino primário) possui responsabilidade atribuída por lei, e o maior juízo de reprovabilidade recai justamente sobre o descumprimento desse dever legal. Na segunda situação, a relação doméstica pressupõe o direito ao lar tranquilo e a maior vulnerabilidade da vítima. É mais grave ser agredido por quem divide o mesmo local de residência, pois há a quebra da confiança necessária e a maior proximidade entre vítima e agressor.

Quando a vítima for criança, haverá também imposição de elevação da pena, por força do artigo 61, II, *h*. Aqui, o critério de distinção é o adotado pelo ECA, e não pelos tratados internacionais, qual seja, criança é o sujeito que ainda não atingiu os 12 anos completos. A agravante funda-se na condição de maior fragilidade da criança, reconhecida pelo ECA, que a distingue do adolescente. Tanto que as medidas protetivas previstas às crianças são diferentes daquelas dirigidas aos adolescentes. A maior fragilidade da vítima torna o fato mais grave e aumenta o juízo de reprovabilidade da conduta do agressor.

Além das agravantes genéricas, algumas causas de aumento de pena estão previstas em certos tipos penais. Causa de aumento de pena são as circunstâncias que aumentam a gravidade do

fato, porém, ao diferentemente das agravantes, sua aplicação se dá na terceira fase, o que permite calcular a pena acima do máximo previsto em abstrato. Os exemplos mais contundentes são o homicídio e a lesão corporal, cujas penas serão aumentadas em um terço quando praticados contra menores de 14 anos.

## **6. DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO**

Quando alguém é condenado definitivamente por crime praticado contra menor de 18 anos, a depender de sua relação com a vítima, alguns efeitos são previstos em lei. Após o trânsito em julgado da condenação criminal, o juiz poderá decretar “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado” (artigo 92, II, do Código Penal). Esse tipo de medida deve ser fundamentado e necessário de acordo com a natureza do crime praticado.

Se a condenação for por crime que nada tenha a ver com os deveres de cuidado com o menor (por exemplo, furto ou estelionato), a perda do exercício do poder familiar, tutela ou curatela não poderá ser decretada. No entanto, se a prática do crime demonstrar a incapacidade para manter a relação do agressor com o menor, a medida será aplicável. É o exemplo do crime de estupro de vulnerável praticado contra o próprio filho ou a apropriação indébita na qual a vítima é o menor tutelado. A finalidade de aplicação desse efeito da condenação é retirar o criminoso da convivência com o menor vulnerável e impedir que fatos semelhantes se repitam.

## **7. DO ABANDONO DE INCAPAZ**

Alguns tipos penais incriminam a omissão perante as pessoas vulneráveis, nas quais se incluem os menores de 18 anos.

Dois crimes são importantes para compreender o dever legal que determinadas pessoas assumem perante os vulneráveis: o abandono de incapaz e a exposição ou o abandono de recém-nascido. Esses crimes omissivos impõem a certas pessoas um dever legal de exercer a vigilância e o cuidado sobre as pessoas vulneráveis em situação de perigo, pois eventual omissão aumenta a chance de um resultado lesivo.

De acordo com o artigo 133 do Código Penal, é crime “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”. O legislador, aqui, impõe àquele que tem um dever legal de cuidar de pessoa incapaz, inclusive os menores de 18 anos, a obrigação de não abandoná-la para impedir que ocorra dano à sua integridade física. Uma característica do crime é a situação de perigo resultante do abandono por quem deveria proteger a pessoa incapaz.

O outro delito, definido no artigo 134 do Código Penal, consiste em “Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria”. A vítima do crime é apenas o recém-nascido, ser extremamente fragilizado, que é abandonado e exposto a situação de perigo à integridade física. O motivo do abandono é a ocultação de “desonra própria”, causada pela gravidez que poderá trazer problemas de ordem moral à gestante (por exemplo, alguém que venha a ter sérias restrições morais em sua comunidade por ter um filho sem ter casado anteriormente).

## **8. CRIMES SEXUAIS E VULNERABILIDADE**

O Código Penal prevê, entre os crimes contra a dignidade sexual, determinados delitos praticados contra menores de 18 anos, com ênfase na sua proteção. Além dos meios de execução comuns da coação – violência e grave ameaça –, a vulnerabilidade decorrente da idade atribui caráter criminoso ao ato sexual, mesmo quando houver consentimento da vítima. Quando a vítima

for vulnerável, qualquer consentimento será desconsiderado em nome da proteção do menor.

O artigo 217-A prevê o estupro de vulnerável. É crime a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, com ou sem uso da coação. Os tribunais consolidaram o entendimento de que há uma presunção absoluta de vulnerabilidade de quem ainda não possui 14 anos completos, ou seja, não cabe prova em sentido contrário. Basta o agente praticar o ato libidinoso e o crime estará consumado. O legislador compreende que o menor de 14 anos ainda não possui discernimento suficiente para praticar atos sexuais e, portanto, deve estar protegido contra terceiros.

Outro crime fundamentado na vulnerabilidade é o favorecimento à prostituição de menor de 18 anos, que, recentemente, tornou-se hediondo. O exercício da prostituição oferece grande risco à integridade sexual, moral e física do menor, e, portanto, a idade mínima exigida por lei é 18 anos. Para o legislador, quem não atingiu os 18 anos completos ainda não tem maturidade e desenvolvimento físico e mental suficientes para exercer a prostituição.

Portanto, aquele que, de qualquer forma, favorece o menor de 18 anos a exercer o comércio do próprio corpo deve responder criminalmente, mesmo quando houver consentimento. Nota-se que quem pratica ato libidinoso com menor de 18 anos, na condição de prostituição, também responde criminalmente.

É importante, ainda, ressaltar a natureza da ação penal nos crimes sexuais praticados contra vulneráveis. O titular da ação penal será sempre o Ministério Público, sem a necessidade de representação da vítima. Ou seja, o promotor de justiça poderá – e deverá – atuar sempre que houver um crime sexual contra vulnerável, independentemente de provocação da vítima ou de seu representante legal. Quando houver indícios de materialidade do crime, o representante do Ministério Público deverá, obrigatoriamente, oferecer denúncia ao juiz. A obrigatoriedade da ação penal tem por finalidade suprir a falta de discernimen-

to do vulnerável, que nem sempre tem a exata noção do dano causado à sua integridade.

## **9. OS TIPOS PENAIIS ESPECÍFICOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O ECA também traz tipos penais específicos para a tutela do menor de 18 anos. Nesses crimes, a criança e o adolescente figuram como vítimas, uma vez que os comportamentos descritos atentam contra seu pleno desenvolvimento. O rol de crimes do ECA reforçam a ideia de que a proteção da criança e do adolescente deve ser prioritária e sua desobediência configura grave infração.

Os artigos 228 e 229 incriminam a displicência dos profissionais da saúde com a gestante, desde o início da gestação até o momento pós-parto. A preocupação com o menor começa desde a concepção, para que ele tenha seu desenvolvimento saudável. O artigo 230 prevê o crime praticado contra a liberdade individual da criança e do adolescente, que só podem sofrer tal privação quando houver ordem judicial ou flagrante de ato infracional.

Nos artigos 231 e 232, temos a previsão dos delitos praticados por quem tenha a autoridade sobre o menor de 18 anos. A autoridade policial, ao apreender o menor, deve, obrigatoriamente, comunicar a autoridade judicial competente e a família, sob pena de responder criminalmente. Da mesma forma, quem exerce a autoridade sobre a criança ou o adolescente não pode submetê-los a vexame ou constrangimento, pois tal conduta configura crime.

O artigo 234 define como crime a falta de liberação, pela autoridade competente, de criança ou adolescente apreendido logo após o conhecimento da ilegalidade de sua apreensão. Trata-se de uma forma específica de abuso de autoridade. Já os artigos 235 e 236 preveem comportamentos que prejudicam benefícios

ao adolescente privado de sua liberdade, bem como atrapalham o trabalho das autoridades e do membro do Conselho Tutelar no exercício da função de proteção do menor de 18 anos.

No artigos 237 a 239, encontram-se crimes contra o estado de filiação da criança e do adolescente ou contra o exercício de sua tutela por seu responsável, que incluem a entrega do filho ou pupilo a terceiro, mediante pagamento ou recompensa, e a promoção ou auxílio à efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

Em seguida, os artigos 240 a 241-E tratam de condutas destinadas à produção, aquisição e distribuição de material pornográfico com menor de 18 anos. Para os fins da lei, pornografia “compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”. Ademais, incluem-se as condutas de aliciamento de criança ou adolescente com o fim de praticar atos libidinosos, em especial por meio da tecnologia, como a internet.

O artigo 242 tipifica qualquer fornecimento de arma, munição ou explosivo a menor de 18 anos, enquanto o artigo 243 criminaliza qualquer favorecimento de acesso à bebida alcoólica. Já o artigo 244 proíbe criminalmente o fornecimento de fogos de estampido ou artifício a criança ou adolescente. Adiante, o artigo 244 incrimina a submissão de criança ou adolescente à prostituição, e o artigo 244-A prevê o crime de corrupção de menores, segundo o qual o agente estimula o menor a praticar ato ilícito.

## **10. AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL**

O legislador, ao enquadrar em categorias distintas as infrações praticadas contra a criança e o adolescente, revela que, não obstante o artigo 5º do ECA preveja que *qualquer atentado aos seus direitos fundamentais será punido*, o princípio da subsidiariedade do direito penal fora levado em consideração pelo legislador. Por esse princípio, compreendemos que merecem tratamento penal apenas os casos que não podem ser solucionados por outros ramos do direito, como o civil e o administrativo. O direito penal, assim, seria subsidiário às demais áreas, revelando-nos que deveria ser sempre a *ultima ratio*.

Sem prejuízo da proteção integral que se deve à criança, bem como à previsão constitucional da severa punição – que, embora deva ser severa, não enseja, em sua exegese, a obrigatoriedade da sanção penal –, o ECA prevê um rol taxativo de infrações administrativas, que consta nos artigos 245 a 258-B do estatuto. Essas infrações serão de competência do juízo da infância e da juventude, de acordo com o disposto no artigo 148, VI. Assim, para a efetiva tutela do menor de 18 anos, deve-se, primeiramente, recorrer às normas administrativas para somente depois abrir mão da lei penal.

## 11. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E PENA

Nosso ordenamento jurídico prevê duas formas de tratamento a quem pratica um ilícito penal. Para aqueles que possuem capacidade plena de responder por seus atos, aplica-se a pena após condenação transitada em julgado. Aqueles que podem responder criminalmente por seus atos são considerados imputáveis. São os adultos que possuem pleno desenvolvimento mental. A pena a ser aplicada deve ser proporcional à reprovabilidade do fato e deve atender aos objetivos de prevenção de novos ilícitos.

Aqueles que não possuem capacidade de responder criminalmente por seus atos são considerados inimputáveis. A inim-

putabilidade pode ser atribuída pela falta de desenvolvimento mental de adultos ou pela idade, quando o sujeito tem menos de 18 anos completos. O adulto com enfermidade mental pode sofrer uma medida de segurança, pela qual é submetido a tratamento específico para cessar sua periculosidade. O adolescente que pratica ato infracional pode ser submetido a uma medida socioeducativa, cujo objetivo é protegê-lo e reeducá-lo para a convivência social. Enquanto a pena tem um caráter predominantemente aflagrante, a medida socioeducativa visa à proteção do adolescente.

As penas aplicadas devem atender à gravidade do crime, às consequências, aos motivos e ao meio de execução. Quanto mais reprovável o ato ilícito, maior a pena. A medida socioeducativa, além da gravidade da infração, deve atender ao melhor interesse do adolescente em conflito com a lei, em especial sua capacidade de cumpri-la. Essas medidas podem variar de uma simples advertência à internação em estabelecimento adequado. Ademais, os pais e responsáveis também devem receber especial atenção das autoridades envolvidas, como o encaminhamento a tratamento psicológico ou proteção.

Ressalta-se que apenas os adolescentes podem responder por ato infracional e sofrer medida socioeducativa. À criança aplicam-se apenas medidas protetivas, pois o menor de 12 não possui a capacidade requerida ao cumprimento da medida socioeducativa, qualquer que seja. Assim, podem-se dividir aqueles que praticam ato ilícito em uma escala que começa com o menor de 12 anos, que é destinatário apenas de medida protetiva, passa pelo adolescente, que pode sofrer a medida socioeducativa, e termina na fase adulta, com a aplicação da pena. Por fim, o adolescente em conflito com a lei não responde pelo ato perante a vara criminal comum, e sim perante a vara da infância e juventude, que conta com magistrado próprio.

## 12. CONCLUSÃO

A legislação brasileira e os tratados internacionais reconhecem um tratamento diferenciado para crianças e adolescentes, em razão de sua reconhecida vulnerabilidade e desenvolvimento pessoal incompleto. Não se pode dispensar o mesmo tratamento dado a um adulto, pois este já tem sua personalidade formada. A legislação especial considera o menor de 18 anos um sujeito de direitos, merecedor de proteção especial, e não um mero objeto das relações sociais e jurídicas.

A lei penal prevê tratamento diferenciado à criança e ao adolescente quando são vítimas de um ato ilícito e, também, quando são os autores. A vulnerabilidade do menor de 18 anos aumenta a reprovabilidade da conduta e implica pena maior ao agente. Quando o adolescente é autor de ato infracional, a imposição de medida socioeducativa não tem um caráter punitivo, e sim protetivo, pois não há ainda plena capacidade de responder criminalmente por seus atos.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, K. C. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCRIM*, ano 17, n. 209, p. 8-9, abr. 2010.

ÀLVAREZ, R. B. La indemnidad como bien jurídico en el entorno sexual del menor e incapaz. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudo*, Bauru, n. 42, p. 1-563, jan./abr. 2005.

AMIN, A. R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, G. C. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPANO, E. F. *Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do*

Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, H. R. L. da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DESIMONI, L. M. *El derecho a la dignidad humana: orígenes y evolución – la problemática posmoderna; la contención de la violencia en el tercer milenio*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

GIORGIS, J. C. T. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister: Direito Penal e Processual Penal*, v. 6, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010.

ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LIBERATI, W. D. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LUHMANN, N. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara, 2007.

MACHADO, M. de T. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

PAULA, P. A. G. de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELLI, J. H. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, L. R. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 844, p. 435-431, fev. 2006.

QUEIROZ, P. de S. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción y introducción Francisco Muñoz Conde. 2. ed., 1. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SARLET, I. W. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direi-*

tos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 12, p. 86-120, mar./abr. 2003.

# O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ACESSO À JUSTIÇA

*Carlos Augusto de Assis*<sup>1</sup>

*Maria de Fatima Monte Maltez*<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), à luz do artigo 227 da Constituição Federal (CF), dispõe sobre a proteção integral à criança (pessoa com até 12 anos de idade) e ao adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos de idade, aplicando-se excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos), de modo a assegurar-lhes o pleno “desenvolvimento físico, mental, moral, e social, em condições de liberdade e dignidade”, porque “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (ECA, artigo 3º), para o que as medidas voltadas a tais garantias, sejam elas quais forem, deverão ser pautadas nos interesses superiores do menor (princípio do melhor interesse da criança e do adolescente), pessoas em desenvolvimento e, por isso, em condições peculiares.

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro), e advogado.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora de Direito Processual Civil da UPM e advogada.

Cabe à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público o dever de assegurar tal proteção, com absoluta prioridade, de forma a permitir “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” da criança e do adolescente, cuja prioridade, segundo a lei, deve ser observada na proteção e no socorro em quaisquer circunstâncias, no atendimento pelos serviços públicos ou com relevância pública, na execução de políticas sociais públicas e no direcionamento de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude (ECA, artigo 4º).

O artigo 5º do ECA determina que nenhuma criança ou adolescente será submetido a qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punível a conduta omissiva ou comissiva que resulte em violação aos direitos fundamentais do menor.

Este capítulo pretende tratar, de modo sucinto, dos aspectos processuais mais relevantes relativos à busca de proteção à criança e ao adolescente, exercidos a partir da propositura de medida judicial na esfera cível, com foco especial no procedimento da ação de perda ou suspensão do poder familiar, observado o microsistema processual que se extrai do ECA, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC). Para tal desenvolvimento, focaremos primeiramente o acesso à justiça, sob o viés da criança e do adolescente. A análise passará, em seguida, pela existência das varas especializadas e pelos procedimentos específicos nessa área, para, só então, abordar a ação de suspensão e destituição do poder familiar, solução mais severa para os problemas de violência familiar contra a criança ou o adolescente.

## 2. DO ACESSO À JUSTIÇA

## 2.1 Da garantia constitucional ao acesso à justiça

A CF, ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV), revela ser dever do Estado-juiz, se convocado, responder à pretensão posta em juízo, mesmo que para negá-la, motivadamente e com observância do devido processo legal constitucional (artigo 5º, LIX), como ensina Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 42). O direito ao acesso à justiça está expresso também no artigo 3º do novo Código de Processo Civil (NCPC) – Lei nº 13.106/2015 –, aplicado subsidiariamente aos procedimentos regulados pelo estatuto (ECA, artigo 152).

Andrea Boari Caraciola (2016, p. 62), ao tratar do acesso à justiça e da efetividade do processo, ensina ser “importante destacar que o princípio do acesso à Justiça mantém imbricações com outros”, ou seja, para que ele se dê de forma real e positiva, outros princípios devem ser observados, como o “da efetividade do processo, da tempestividade da tutela jurisdicional, da adequação dos meios à natureza do conflito”, além do oferecimento de justiça gratuita.

Com efeito, a assistência integral e gratuita, garantida constitucionalmente (CF, artigo 5º, LXXXIV), vem ao encontro do direito de acesso à justiça, ressaltando Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 49, grifos do autor):

O princípio [da assistência integral e gratuita] vai além, contudo, do acesso à justiça no sentido *jurisdicional* do termo, ao estabelecer como obrigação do Estado não só a assistência *judiciária* integral e gratuita mas, muito mais do que isso, assistência *jurídica* integral e gratuita. Isso quer significar, portanto, que também “fora” do plano processual, o Estado tem o dever de atuar em prol da conscientização jurídica da sociedade como um todo, levando em conta também os hipossuficientes, orientando-os com relação aos seus direitos.

Do ponto de vista jurisdicional, o que quer o inciso LXXXIV do art. 5º é evitar que o custo inerente a prestação da atividade

jurisdicional seja óbice à prestação da atividade jurisdicional para aqueles que não tenham condições de suportá-los.

Nesse sentido, é de se lembrar que a Defensoria Pública (CF, artigo 134) surge como órgão defensor daqueles que não têm condições econômicas de suportar o custo com a contratação de advogados, prestando aos hipossuficientes a assistência jurídica necessária à busca da tutela jurisdicional.

No que diz respeito à tempestividade da tutela jurisdicional, a CF (artigo 5º, LXXVIII) estabelece que a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, “são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua orientação”, direito que veio expresso no artigo 4º do NCPC e que exige o empenho de todos os sujeitos integrantes do processo, como dispõe o artigo 6º do NCPC, orientado pelo princípio da cooperação.

Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 49-50, grifos do autor), ao tratar do princípio da razoável duração do processo, vincula-o, com razão, ao princípio da eficiência (CF, artigo 37, *caput*), esclarecendo que tal princípio quer “é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes*, em consonância com o princípio da eficiência”.

Sem dúvida, a duração razoável do processo, como forma de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, é de especial relevância quando se trata de violação ou ameaça de violação a direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois a falta de presteza mostra-se demasiadamente gravosa na maioria dos casos. Condições desfavoráveis à observância desse princípio por vezes atingem a atuação do Poder Judiciário, como consequência não só de questões normativas, mas também estruturais.

Por certo, não basta assegurar a todos o direito de “abrir as portas” do Poder Judiciário sem que haja instrumentos eficientes para a realização do direito material, isto é, condições que levem à efetividade da tutela jurisdicional. Para Humberto Theodoro

Júnior (2015, p. 23-24), a instrumentalidade e a efetividade do processo se completam, de modo que, para “ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente a sua função de instrumento” e conclui, citando Bedaque, que efetivo “é o processo justo, ou seja, o que, com celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa)”, de forma a permitir que se realize o direito material, o que é corroborado por Andrea Boari Caraciola (2016)<sup>3</sup>.

Fica claro, portanto, como mencionado anteriormente, que o acesso à justiça só pode ser verdadeiramente compreendido se feitas as devidas ligações com outros princípios. Acesso à justiça não é só poder ingressar no Judiciário, mas realmente ter condições de obter tutela jurídica efetiva e tempestiva.

Mas, se o acesso à justiça, nos seus múltiplos vieses, informa todo o processo civil, tal se dá de forma potencializada em matéria de tutela à criança e ao adolescente, pela própria relevância dos valores em pauta. Assim, não bastassem os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de caráter geral, observamos que o direito ao acesso à justiça está expresso de forma específica no artigo 141 do ECA.

Realmente, é indubitável a relevância da atuação do Estado na efetivação da proteção prioritária dos direitos da criança e do adolescente, aos quais é assegurado o acesso à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, mediante assistência judiciária gratuita (CF, artigo 5º, LXXXIV, c/c artigo 141, § 1º, do ECA), se necessário. Ademais, as ações judiciais de competência da Justiça da Infância e da Juventude gozam de isenção no pagamento de custas e emolumentos relativos,

<sup>3</sup> “A concreta atuação da garantia constitucional da ação exige, pois, a predisposição de uma adequada gama e meios de atuação e de realização da tutela, meios estes que devem estar acessíveis a quem quer que deles necessite, num tempo e custo razoáveis, por meio de atividades que venham a garantir resultados concretos, adequados e diferenciados a cada situação jurídica de direito material controvertida” (CARACIOLA, 2016, p. 63).

benefício este afastado apenas no caso de litigância de má-fé (ECA, artigo 141, § 2º, c/c NCPC, artigo 80). Observe-se que essa isenção de custas e emolumentos, prevista no artigo 141, § 2º, do ECA, é restrita às crianças e aos adolescentes quando partes, autoras ou rés, não beneficiando os demais sujeitos da relação processual, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>4</sup>.

## 2.2 Da representação da criança e do adolescente

A criança e o adolescente serão representados perante a autoridade judiciária por seus pais, tutores ou curadores, dando-se curador especial ao menor que não tiver representantes ou seus interesses colidirem com os daqueles (ECA, artigo 142), sem prejuízo do direito de serem prontamente ouvidos pela autoridade, inclusive com a tomada de medidas que se mostrarem de urgência (NUCCI, 2014, p. 489).

É entendimento do STJ<sup>5</sup> não haver nulidade do processo quando a autoridade judiciária deixa de nomear curador especial da Defensoria Pública (ECA, artigo 142, parágrafo único) nos casos em que o autor da ação é o Ministério Público, pois este já atua na defesa dos interesses dos menores.

## 2.3 Da vedação à exposição da criança e do adolescente

Os atos judiciais (como os policiais e administrativos) envolvendo crianças e adolescentes são sigilosos, sendo vedada notícia que os exponha por meio de fotografia ou referência aos seus dados pessoais (ECA, artigo 143), sob pena de sanção (ECA, artigo 247, § 1º). Relativizam-se, aqui, os princípios da publicidade dos atos processuais e da liberdade da informação

<sup>4</sup> STJ, 2ª Turma, AgRg Agravo em Recurso Especial nº 672.687-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21. 5.2015.

<sup>5</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg Agravo em Recurso Especial nº 408.797-RJ, Rel. Min. Luis Filipe Salomão, j. 20.5.2014.

jornalística (CF, artigos 5º, LX, e 220, § 1º) em prol da preservação da intimidade e visando poupar o menor da pressão psicológica advinda da divulgação, além de garantir sua segurança, como ressalta Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 491).

### 3. DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O ECA, em seu artigo 145, prevê a criação pelos Estados e pelo Distrito Federal de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, proporcionalmente ao número de habitantes, com dotação de infraestrutura e regras sobre atendimento ao menor, que deve prever o atendimento também em regime de plantão. Não obstante a previsão legal, a realidade que se vê em muitas comarcas do país não merece aplausos, diante da inexistência de uma estrutura eficiente no atendimento da criança e do adolescente em situação de risco.

Criadas as varas especializadas, a competência do magistrado é de natureza absoluta (em razão da matéria), admitida a modificação da competência de foro (relativa) do artigo 147 do ECA quando, em razão das peculiaridades do caso concreto, for recomendável solução diversa da preconizada pela Súmula nº 383/STJ, segundo a qual “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse do menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor da guarda”<sup>6</sup>.

Como visto, a lei atribui a todos o dever de assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, sendo preponderante o papel do Estado na criação de condições estruturais (físicas e disponibilização de profissionais habilitados) que permitam à autoridade judiciária proteger com presteza e justiça a criança e o adolescente que busca o Poder Judiciário. Para tanto, a atuação eficiente do magistrado depende, além da sua capacidade técnica, também da colaboração de profissionais de outras áreas, que

<sup>6</sup> STJ, Conflito de Competência nº 128.698-MT, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12.12.2014.

lhe possam fornecer subsídios (verbalmente, por escrito ou por meio de um laudo) que deem respaldo técnico às suas decisões.

O estudo psicossocial por profissionais especializados, por exemplo, se mostra muitas vezes necessário para a boa solução de conflitos envolvendo a criança ou o adolescente nas suas relações familiares, de relevância ímpar. Não é sem razão, portanto, que, ao tratar dos serviços auxiliares da justiça, a lei especial disponha caber ao Poder Judiciário prever em sua proposta orçamentária “recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e Juventude” (ECA, artigo 150).

Dentre outras competências da Justiça da Infância e da Juventude, na esfera cível tem ela competência para conhecer os pedidos de adoção e seus incidentes e as ações civis que tenham como fundamento os interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, conforme artigo 148, III e IV, do ECA. No parágrafo único dessa norma, o legislador trata da competência da Justiça Especial para as medidas de proteção da criança e do adolescente quando seus direitos fundamentais forem violados ou ameaçados por “ação ou omissão da sociedade ou do Estado” ou “falta, ação, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”, bem como nos casos em que medidas de proteção são necessárias em razão da conduta do próprio menor (ECA, artigo 98).

Nos casos do artigo 98 do ECA, a justiça especializada tem competência, entre outras, para conhecer dos pedidos de guarda e tutela; destituição do poder familiar; perda ou modificação da tutela ou guarda; aqueles baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar (ECA, artigo 148, parágrafo único).

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 506) ressalta que a competência para as ações lastreadas no artigo 98 do ECA resulta em “situações excepcionais de extensão de competência”, de modo que a competência da Vara da Infância e da Juventude prevalecerá apenas nos casos em que se verifica ameaça ou viola-

ção aos direitos da criança e do adolescente, fruto de omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, que exija a tomada de medidas de proteção. Ou seja, não se confundem com os conflitos comumente surgidos no âmbito familiar, quando a competência será da Vara da Família (Vara Cível se não houver vara especializada) ou dos registros públicos, conforme o pleito.

#### 4. DOS PROCEDIMENTOS

O microssistema processual contido no ECA trata dos procedimentos a serem adotados para as ações com base nele propostas, tanto para questões da esfera cível quanto penal, prevendo a aplicação subsidiária das “normas gerais previstas na legislação processual pertinente” e assegurando, sob pena de responsabilidade, “prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos”, inclusive “na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes” (ECA, artigo 152). São admitidas medidas investigativas e tomada de providências que se mostrem necessárias mesmo se o procedimento adotado “não corresponder ao procedimento previsto nesta ou em outra lei”, após ouvido o Ministério Público, isso desde que não se trate de ação que busque o afastamento do menor de sua família de origem e em outros procedimentos contenciosos (ECA, artigo 153).

Assegurado à criança e ao adolescente (sujeitos de direito) o acesso à justiça, vê-se a preocupação do legislador com a celeridade do processo como meio de garantir a obtenção da tutela jurisdicional a tempo de realizar a proteção integral do menor, exigindo prioridade no trato das questões envolvendo o vulnerável em situação de risco e primando pela simplificação, o que buscou alcançar por meio das normas que compõem esse microssistema processual, como ensinam Carlos Augusto Assis e Andrea Boari Caraciola (2015, p. 422-423):

As normas processuais previstas no ECA revelam, em essência, a questão da efetividade do sistema processual face à tutela da proteção integral da criança e do adolescente.

[...]

Nesse sentido a especificidade do ECA, ao tecer normas processuais que indubitavelmente apontam para o vetor simplificação e concentração processuais, com vistas à celeridade, considerando a relevância e a absoluta prioridade da criança e do adolescente, consoante estabelecido na Carta Constitucional.

Entre as ações cíveis tratadas no ECA, estão aquelas que visam: 1. à perda e suspensão do poder familiar (artigos 155 a 163); 2. à destituição da tutela (artigo 164); e 2. à colocação em família substituta (artigos 165 a 170).

À evidência, o espaço destinado a estes comentários é pequeno para abordagem de tema tão extenso, motivo pelo qual se destaca uma dessas medidas para análise sucinta das respectivas normas processuais. Opta-se pela *ação de perda e suspensão do poder familiar*, que nos parece envolve uma das consequências mais impactantes para o menor, na medida em que, conforme o caso, permitirá seu afastamento do convívio familiar (temporária ou definitivamente), após vivenciar graves situações violadoras de seus direitos fundamentais.

## 5. DA PERDA E DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

### 5.1 Do poder familiar (perda ou suspensão)

Conforme artigo 1.630 do Código Civil (CC), os filhos menores estão submetidos ao poder familiar, sob o qual estão direitos e deveres relacionados ao menor e atribuídos aos pais, isonomicamente, conforme artigo 226, § 5º, da CF. O artigo 21 do ECA dispõe que o poder familiar será exercido em igualdade de condições pelos pais, com observância da legislação

civil e “assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

O CC traz normas relativas ao poder familiar, seu exercício, suspensão e extinção (artigos 1.630 a 1.638), cabendo aos pais (durante o casamento e a união) exercê-lo sobre os filhos menores, conforme competências ditas no artigo 1.634 do CC<sup>7</sup>, tratando também o artigo 22<sup>8</sup> do ECA dos deveres dos pais para com os filhos menores (sustento, guarda e educação).

O descumprimento pelos pais dos deveres inerentes ao poder familiar pode levar, conforme o caso, à suspensão ou destituição do poder familiar. Por óbvio, está-se diante de medidas extremas que exigem, além da intervenção judicial, a presença de situação violadora de natureza grave, devidamente apurada e comprovada mediante o devido processo legal, observado o amplo contraditório.

A extinção do poder familiar está condicionada à ocorrência das situações previstas no artigo 1.635 do CC, que, no seu inciso IV, inclui a hipótese da perda por “decisão judicial, na forma do artigo 1.638”. O artigo 1.638 do CC<sup>9</sup>, por sua vez, traz

<sup>7</sup> “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:  
I – dirigir-lhes a criação e educação;  
II – tê-los em sua companhia e guarda;  
III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;  
V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

<sup>8</sup> “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

<sup>9</sup> “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe

como hipóteses para a destituição do poder familiar o castigo imoderado do filho, seu abandono e a prática de atos que firam a moral e os bons costumes, além do caso de incidência reiterada no cometimento dessas três faltas.

Com relação à suspensão do poder familiar, o artigo 1.637 do CC prevê a medida para os casos em que o pai ou a mãe abuse de sua autoridade, “faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos”, provocado o juiz pelo Ministério Público ou por algum parente do menor. A suspensão do poder familiar se dará, ainda, no caso de condenação do pai ou da mãe à prisão por mais de dois anos, por sentença irrecorrível (parágrafo único).

O artigo 24 do ECA, além de também impor que a perda e a suspensão do poder familiar se deem por decisão judicial, mediante procedimento em contraditório, vincula expressamente o pleito às hipóteses previstas à lei civil e ao “descumprimento injustificado dos deveres e obrigações” constantes do artigo 22 do estatuto, este referindo-se ao artigo 98, II, do ECA, que prevê a destituição ou suspensão daquele poder quando verificada a hipótese de “falta, ação, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”, para os casos em que se revele a necessidade de proteção da criança e do adolescente, ou, ainda, quando as medidas de proteção se façam necessárias em razão da conduta do próprio menor (ECA, artigo 98, III).

Ressalte-se que o artigo 101 do estatuto traz, para as hipóteses previstas no artigo 98 do ECA, algumas medidas severas, como o acolhimento institucional (inciso VII), a inclusão no programa de acolhimento familiar (VIII) e a colocação em família substituta (inciso IX), certamente aplicadas em caráter

---

que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

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

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

excepcional, perante casos de maior gravidade. O acolhimento institucional ou a inclusão no programa familiar se dará provisoriamente, pelo período necessário até a reintegração familiar que, se não for possível, resultará na colocação do menor em família substituta (§ 1º).

Entre as medidas previstas no artigo 129 do ECA, aplicáveis aos pais e responsáveis que tenham se omitido ou agido de forma a ameaçar ou violar direitos e garantias da criança e do adolescente, estão a perda da guarda, a destituição da tutela e a suspensão ou destituição do poder familiar (incisos VIII, IX e X), sendo certo que, nos casos de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, poderá a autoridade judiciária, como medida cautelar, determinar o afastamento do agressor da moradia comum, ao mesmo tempo que serão fixados provisoriamente alimentos em favor da criança ou do adolescente dependentes do agressor (ECA, artigo 130).

Os maus-tratos aos quais muitos menores são submetidos, inclusive sob a justificativa do caráter pedagógico da conduta violenta, é exemplo de situação que pode levar à perda ou suspensão do poder familiar. A Lei da Palmada (Lei nº 13.010/2014) veio para tratar especificamente do direito de as crianças e os adolescentes serem “educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro contexto”, vedados os maus-tratos com caráter disciplinador praticados por quem sobre o menor exerce autoridade (não só pais, mas todos aqueles que de alguma forma estejam encarregados dos cuidados do menor), conforme artigo 18-A do ECA.

O artigo 18-A do ECA está em consonância com o direito ao “respeito e à dignidade” de que tratam os artigos 17 e 19 do estatuto e que visam “à manutenção da integridade física, psíquica e moral” do menor, conforme lição de Valter Kenji Ishida (2015, p. 41-49), para quem a lei alterou completamente o exercício do poder familiar, vedando “a violência física, ainda que moderada e mesmo que fundamentada no argumento peda-

gógico”, como fruto de uma teoria educacional “que privilegia o diálogo e a orientação elidindo o castigo físico”.

Aquele que adotar o castigo físico ou tratar de modo degradante a criança ou o adolescente será submetido às medidas previstas no artigo 18-B do ECA, que serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, “sem prejuízo de outras sanções cabíveis” e de “outras providências legais”.

## **5.2 Da ação de perda ou suspensão do poder familiar – procedimento**

Tal qual o CC (artigo 1.635, IV, c.c. artigo 1.638, *caput*), o artigo 24 do ECA exige que a decretação da perda ou suspensão do poder familiar se dê por ato judicial, isto é, “judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”, desde que presentes as hipóteses autorizadoras para tanto, contempladas no artigo 1.638 do CC c.c. artigo 24 do ECA.

Como dito, a medida que visa à perda ou suspensão do poder familiar tem caráter extremo, de modo que apenas em situações de maior gravidade e risco será deferida, sempre mediante intervenção do Estado, com a participação do Ministério Público, nos exatos termos da lei. Impõe-se empenho na colheita de prova substancial, inequívoca, que permita com segurança decidir pelo acolhimento do pedido, especialmente aquele voltado à destituição do poder familiar.

Não resta dúvida de que a “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis” (ECA, artigo 98, II) como razão para a propositura da ação de perda ou suspensão do poder familiar sempre tem como causa de pedir situações graves vivenciadas pela criança ou pelo adolescente, muitas delas criadas pelos próprios genitores, no âmbito familiar, “primeiro cenário onde está incluída a criança” (NUCCI, 2014, p. 306), o que evidencia ainda mais a relevância da atuação da Justiça da Infância e da Ju-

ventude na condução de processos dessa natureza, daí a criação de um procedimento especial, sobre o qual trataremos a seguir.

Tem legitimidade para instaurar o procedimento o Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse” (ECA, artigo 155), garantida a presença do Ministério Público com fiscal da ordem jurídica, se não for ele o requerente.

A legitimidade do Ministério Público para essas ações advém não só da amplitude de suas funções institucionais, mas também porque legitimado por lei para a defesa dos interesses do menor, conforme artigo 201, III, do ECA, que também atribui ao Ministério Público a função de acompanhar o procedimento se não for parte, o que está em consonância com a exigência de intervenção do órgão nas ações que envolvam incapazes e nas ações de famílias envolvendo interesses de menores (NCPC, artigos 178, II, e 698).

É necessário esclarecer quem seria, além dos pais, legitimado para a demanda por força de “legítimo interesse”. O artigo 1.637 do CC, ao tratar da possibilidade de suspensão do pátrio poder, confere ao Ministério Público legitimidade para o requerimento da medida ao juiz, ou a algum parente do menor, pois, certamente, os parentes têm *legítimo interesse* em proteger o menor membro de sua família e com quem mantém vínculo de afeto, daí estarem autorizados a provocar o Estado-juiz não só para os casos em que se requer a suspensão, mas também a perda do pátrio poder.

Não somente o Ministério Público e os parentes, mas também qualquer pessoa que tenha a intenção de tutelar ou adotar a criança ou o adolescente, conforme lição de Roberto João Elias (2010, p. 116), pois a prioridade é proteger o menor das consequências nefastas advindas do descumprimento pelos pais de seus deveres para com os filhos menores ou da dilapidação do patrimônio destes.

Nesse sentido, o entendimento do STJ<sup>10</sup>, que em ação

---

<sup>10</sup> STJ, 3ª Turma, REsp. nº 1.106.637-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1º.6.2010, grifos do autor.

de proposta por padrasto do menor, pleiteando a destituição do poder familiar do genitor para posterior pleito de adoção, decidiu pela legitimidade ativa do autor, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que reformou a sentença recorrida, por entender que, “Sob a tônica do *legítimo interesse* amparado na *socioafetividade*, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança”, concluindo que “excluir parentes e pessoas de referência próxima poderá gerar igualmente efeitos perversos para a formação da criança”, em desprezo “à premissa da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente”, o que autoriza “abarcar também pessoas alcançadas pelo conceito de relação socioafetiva”.

Reitere-se, objetivando efetiva proteção à criança e ao adolescente, são previstas medidas urgentes (em caráter provisório ou definitivo) voltadas àquela proteção, conforme elencadas no artigo 101 do ECA, entre elas a colocação do menor em família substituta, com seu afastamento do convívio familiar, o que é de competência exclusiva da autoridade judiciária, observado o direito ao contraditório (IX, § 2º).

A petição inicial, por meio da qual se busque tutela jurisdicional voltada à perda ou suspensão do poder familiar, deve observar os requisitos constantes do artigo 156 do ECA: pleito dirigido à autoridade judiciária, conforme as regras de competência pertinentes; individualização do requerente e requerido, mediante qualificação completa (nome, estado civil, profissão, residência das partes), o que se dispensa se o requerente for o Ministério Público; narrativa sumária do fato e do pedido; e indicação “das provas que serão produzidas e oferecimento, desde logo, do rol de testemunhos narrados”.

Considerando que o CPC se aplica subsidiariamente aos procedimentos regulados pelo ECA (artigo 152), importa dizer que o NCPC/2015 traz em seu artigo novos requisitos da inicial, acrescentando à qualificação das partes o número do CPF/MF e o endereço eletrônico, bem como a opção para a realização ou

não de audiência de conciliação ou mediação (incisos II e VII).

Verificando a autoridade judiciária que a criança ou o adolescente vive em situação de risco grave, poderá, após manifestação do Ministério Público (ECA, artigo 201, III), decretar a imediata suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até que julgue definitivamente a causa, tendo a cautela de confiar o menor a alguém que por ele se responsabilize, mediante a assinatura de um termo de responsabilidade, não sem antes ser verificada a sua idoneidade (ECA, artigo 157).

Neste ponto, vale dizer que o artigo 888, V, do CPC de 1973, trazia, entre as medidas provisionais específicas, a possibilidade de o juiz, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, ordenar ou autorizar “o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral”. O NCPC/2015 não trouxe norma correspondente ao referido artigo, o que não significa que essa medida provisória e de urgência não possa ser adotada pelo juiz no exercício do seu poder cautelar geral.

Com efeito, o NCPC trata das tutelas provisórias em seus artigos 294 a 311, dividindo-as em tutelas de urgência (antecipatórias e cautelares) e de evidência. No caso, em se tratando de tutela provisória de urgência, poderá o juiz concedê-la nos moldes do antigo artigo 888, V, por força do seu poder geral de cautela, mediante decisão fundamentada, estando autorizado a adotar as medidas necessárias e adequadas à efetivação da tutela acautelatória que visa à proteção do menor em situação de risco (NCPC, artigo 297), sendo a decisão recorrível por meio de agravo de instrumento (NCPC, artigo 1015, I).

Medidas urgentes são bastante adotadas nos casos em que o menor está exposto à situação de risco, ressaltando-se, aliás, que a própria suspensão do poder familiar prevista no artigo 157 do ECA frequentemente terá natureza cautelar, como fez referência Renata Giovannoni di Mauro (2013, p. 92) ao tratar da tutela acautelatória à luz do extinto artigo 888 do CPC/1973:

Com a demonstração da gravidade dos castigos imoderados ou das instigações à prática de atos contrários à lei ou à moral, admite-se a suspensão provisória do poder familiar, desde que ouvido o representante do Ministério Público. A referida suspensão poderá ser mantida até o julgamento definitivo por ação de conhecimento, utilizando-se da medida cautelar de depósito de menores, prevista no inciso V do art. 888 do Código de Processo Civil.

Embora a legislação processual civil seja expressa quanto à medida cautelar de depósito de menores, vislumbra-se, também, a possibilidade da suspensão provisória do poder familiar, com o deferimento de tutela antecipada, nos autos da ação de conhecimento, denominada ação de suspensão do poder familiar, com fulcro, evidentemente, no art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como tutela provisória de urgência admite-se também a antecipação da tutela (NCPC, artigo 303), cabível também nos casos de pleito envolvendo a perda ou destituição do poder familiar, obviamente diante da presença indubitável dos requisitos para a concessão de tal medida, de caráter satisfativo.

Embora a situação vivenciada pelo menor se mostre grave, a ponto de a autoridade judiciária suspender o poder familiar, inadmissível (independentemente do grau da gravidade da conduta dos pais) que de pronto se decrete a sua perda, pois absolutamente dependente do juízo de cognição exauriente, com esgotamento do devido processo legal, como ensina Roberto João Elias (2010, p. 216).

A citação deverá ser pessoal, exceto se frustradas as tentativas de sua realização (exceção que não se aplica ao preso), e, efetivada, terá o requerido dez dias para responder ao pedido, apresentando desde logo os documentos que tiver e arrolando suas testemunhas (ECA, artigo 158), assegurando-se ao requerido sem condições financeiras de constituir advogado a nomeação de advogado dativo, ao qual também terá direito o

citando preso que no momento do ato citatório se manifeste nesse sentido (ECA, artigo 159), de modo a permitir o amplo, eficiente e necessário contraditório.

Não apresentada a autoridade judiciária ouvirá o Ministério Público em cinco dias, se fiscal da ordem jurídica, decidindo o pedido igual prazo (ECA, artigo 161).

Além das provas produzidas diretamente pelas partes, tem a autoridade judiciária o poder-dever de buscar, sempre que necessário, a obtenção de provas documentais que possam ser fornecidas por repartição ou órgão público, cuja busca pode se dar de ofício ou a requerimento das partes ou Ministério Público (ECA, artigo 160, *caput*), isto no interesse de que a decisão judicial esteja pautada em situação fática satisfatoriamente comprovada. A prova (documental, oral e/ou pericial) buscará a comprovação da presença das causas autorizadas de suspensão ou destituição do poder familiar.

De acordo com os parágrafos do artigo 161 do ECA, por iniciativa da autoridade judiciária ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, será realizado “estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar”, integrando-se à equipe representante do órgão federal, caso os pais pertençam à comunidade indígena, observado o artigo 28, § 6º, do estatuto. Esse estudo é, sem dúvida, de absoluta relevância nas questões envolvendo a perda, suspensão ou guarda provisória, na medida em que, por meio de profissionais especializados, dão-se aos promotores e magistrados subsídios importantes para boa fundamentação de seus pareceres e decisões, como ressalta Roberto João Elias (2010, p. 409), seguramente mais seguros quanto à correção da conclusão.

Quanto à prova oral, a norma obriga a oitiva dos pais, se identificados e localizáveis, inclusive se privados da liberdade, hipótese em que a autoridade judiciária poderá requisitar sua presença em juízo, para depoimento, além de ouvir o menor, se o caso, nas ações de guarda. Contestado o pedido, o Ministério Público, se atuar como fiscal da ordem jurídica, terá vista para

manifestação em cinco dias, designando-se audiência de instrução e julgamento, que será realizada com a presença das partes e do Ministério Público, nela proferindo-se a sentença, que excepcionalmente poderá ser lida em outra data, designada dentro de no prazo máximo de cinco dias (ECA, artigo 162). Acolhido o pedido, será a sentença averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente (ECA, artigo 163).

Quanto à sentença, importa obviamente observar seus elementos essenciais, conforme artigo 485 do NCPC, que, em seu § 1º, deu destaque à sua fundamentação. Em ação dessa natureza, evidencia-se, ainda mais, a importância do aprofundamento sobre tudo o que consta dos autos, pois se está diante da busca de proteção justa e adequada a crianças e adolescentes em situação de risco, sempre agravada pela sua condição peculiar.

Discute-se sobre a possibilidade de, após a perda do poder familiar, o genitor retomá-lo, mediante desconstituição da sentença. Há precedentes nesse sentido, mais facilmente admitidos quando se trata de decisão que suspendeu o poder familiar, verificado o restabelecimento de situação favorável ao menor. No que se refere à sentença que decretou a perda do poder familiar, a possibilidade de reversão mostra-se mais rara, especialmente se a criança e o adolescente se encontrarem satisfatoriamente integrados em outra família. De qualquer forma, há que se ter em vista sempre e acima de tudo o melhor interesse da criança e do adolescente, e se este se fizer presente no sentido de desconstituir a sentença, há que se acolher o pedido.

## 6. CONCLUSÃO

É indubitável a importante evolução dos direitos da criança e do adolescente, fruto da crescente conscientização da sociedade e do Estado quanto à necessidade de dar a eles tratamento especial, porque pessoas em desenvolvimento, levando ao inevitável e necessário aprimoramento da legislação, com a criação de

um conjunto de normas voltadas à proteção integral do menor. O artigo 227 da CF dispõe sobre a proteção prioritária e integral da criança e do adolescente, refletida expressamente no ECA.

Para essa proteção, sempre focada no melhor interesse da criança e do adolescente, tem papel fundamental a atuação do Poder Judiciário, à luz da CF e da lei especial. Resta evidente a preocupação do legislador com a celeridade no alcance da solução do conflito, estabelecendo, para tanto, um procedimento simples, com fixação de prazos curtos para a prática dos atos processuais, inclusive dispondo que a conclusão se dará em 120 dias, com a prolação da sentença.

A observância dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, bem como do melhor interesse da criança e do adolescente nos casos de maus-tratos ou abusos perpetrados pelos pais, autoriza, como visto, afastar o menor do convívio familiar (provisória ou definitivamente), em prol do seu pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral e social. Por certo, avaliar a melhor solução para o menor desrespeitado em sua dignidade, porque submetido a tratamento desumano, violento ou vexatório, não é tarefa fácil.

A ação de perda ou suspensão do poder familiar é, sem dúvida, uma das mais delicadas, exigindo do magistrado e de seus auxiliares, além do Ministério Público (na condição de autor ou mesmo de interveniente), não só rigor técnico na condução do processo, mas também sensibilidade diante das situações que se apresentam, inclusive considerando o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, entidade protegida constitucionalmente (CF, artigo 226), e não se pode olvidar também do direito dos pais de conviver com os filhos.

A proteção prioritária e integral da criança e do adolescente exige de todos (família, sociedade e Estado) ações imediatas e eficientes ante a violação ou ameaça de violação aos direitos fundamentais do menor, o que, sabe-se, muitas vezes não ocorre, pelas mais diversas razões.

O papel do Poder Judiciário e de seus membros nessa

proteção é de absoluta relevância, merecendo especial atenção do Estado, no sentido de oferecer meios para que disponha de estrutura e material humano eficientes, de modo a permitir que a aplicação da lei protetora ao caso concreto se dê efetivamente, com justiça.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, C. A.; CARACIOLA, A. B. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 2015.

BUENO, C. S. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARACIOLA, A. B. *Teoria geral do processo contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016.

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

ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAURO, R. G. di. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, G. de S. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. VI.