PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CONFORME O ARTIGO 1638 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002[1]

Rosanna Marzulo Quintana*

RESUMO: Este trabalho de conclusão pretende fazer uma abordagem sobre a Proteção Jurídica da criança e do adolescente levando em consideração a importância da família, na sua formação, com base nos diversos princípios constitucionais trazidos pelos novos valores sociais decorrentes de uma mudança cultural da sociedade. O Poder Familiar institui deveres aos pais, os quais, quando descumpridos, sujeitam os infratores a sanções, entre elas a sua destituição em regular processo judicial. Antigamente denominado de pátrio poder, é o poder de tutela dos pais sobre seus filhos, que envolve direitos e obrigações. Direitos dos pais de decidirem acerca de questões referentes à educação e formação dos filhos e também dever, na medida em que aos pais incumbe observar e atender as necessidades dos filhos evitando com isso a violencia intrafamiliar e a suspensão do poder familiar que implica na perda temporária, por parte dos genitores, de todos os seus direitos em relação ao filho. A família é a base da sociedade, de onde se recebem as primeiras noções de educação e também se inicia o processo de socialização, essenciais à formação da pessoa. É a instituição na qual, geralmente o ser humano é inserido quando do seu nascimento. É na família que se instala o dever de formação dos indivíduos que a integram, de modo a lhe conferir a devida proteção enquanto filhos e, por conseguinte uma vida digna como ser humano. A família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, "mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestadas pelos filhos em termos justamente de afeto e proteção."

Palavras- chave: Família. Pátrio Poder. Poder Familiar. Proteção da Criança.

ABSTRACT: The work aims to make a conclusion on the Legal Protection of children and adolescents taking into account the importance of family in their education based on different constitutional principles brought by the new social values from a cultural change in society. The power family obligations up to the parents, which, when failure, subjecting the violators to penalties, including dismissal in the regular judicial process. Formerly known as home power is the power of parents over custody of their children, involving rights and obligations. Rights of parents to decide on matters relating to education and

---

1 Monografia apresentada como requisito para a aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovada pela Banca Examinadora composta pelo orientador Prof.Dr Gilberto Flávio Aronne, Profa.Dra Avani Valéria Rico Busatto e Profa.Dra. Laura Antunes de Mattos. * Acadêmica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Email: rosannamq@hotmail.com

training of children and also be in that parent's responsibility to observe and meet the needs of children to prevent this violence and the suspension of the family that involves the temporary loss, by the parents of all their rights in relation to the child. The family is the foundation of society, which receive the rudiments of education and also began the process of socialization, basic training of the person. It is the institution in which the human being is usually inserted during the birth. It is the family that installs the duty of training of individuals belonging to it in order to give proper protection as children and therefore a decent life as human beings. The family should not be understood as a relationship of power or domination, "but as an affective relationship, which means giving due attention to the needs expressed by children in terms, precisely for fondness and protection."
Key-words: Family.Patrie Power. Power Family. Child Protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Família 2.1 Aspectos Históricos 2.2 A Família na Constituição Federal de 1988 2.3 A Família no Novo Código Civil 3. O Poder Familiar 3.1 O Poder da Família na proteção da criança e do Adolescente 3.2 As Diversas formas de violência praticadas contra a criança: Violência Física, psicológica, sexual e a negligência 3.3 Suspensão, perda e extinção do Poder Familiar 4. O Processo Histórico do Reconhecimento dos Direitos da Criança 4.1 A Constituição Federal de 1988 e o direito da criança e do adolescente 4.2 A Doutrina Penal do Menor e a Doutrina da Situação Irregular 4.3 A criança como sujeito de direitos 4.4 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO: Como todo fenômeno social, a família apresenta ampla compreensão, pois seu conceito difere nos diversos ramos do direito, podendo coexistir vários significados de família.

A Constituição Federal de 1988 estendeu a tutela para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes. A noção atual de família afasta-se cada vez mais da idéia de poder e supremacia da vontade de um membro, igualando-se os direitos familiares.

A história e a antropologia têm contribuído enormemente para a compreensão da família brasileira, no passado e hoje. Estudos esses que devem servir de base ao entendimento da vitimização sexual de crianças e adolescentes por familiares. Todas as famílias têm uma história familiar, articulada à história social e econômica do lugar e da época em que vivem. Histórias que ajudam a compreender sua dinâmica, comportamentos e atitudes diante da vida, dos filhos e da vitimização sexual de suas crianças e adolescentes.[2]

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) artigo 5º, 18º,130º,245º e 250º, tem como função regular a problemática assistencial, social e jurídica do menor,

2 FALEIROS, Eva T Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e de adolescentes**. Disponível em: <http://www.cecria.org.-br/pub/livro_repensando_os_conceitos_eva_publicacoes.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2009.

inclusive vários institutos originalmente tratados exclusivamente pelo Código Civil, como a perda, extinção e suspensão do poder familiar, conforme o artigo 1638 do Código Civil de 2002.

2 DA FAMÍLIA : O Direito de Familia não é estático, está sempre mudando de acordo com a evolução da sociedade. A mudança nos hábitos e no pensamento das pessoas provoca profunda modificação no instituto a que se refere o Direito de Família. Com o instituto do Pátrio Poder, hoje chamado de Poder Familiar, não foi diferente.

A família é a instituição na qual, geralmente o ser humano é inserido quando do seu nascimento. É na família que se instala o dever de formação dos indivíduos que a integram, de modo a lhe conferir a devida proteção enquanto filhos e, por conseguinte uma vida digna como ser humano.

Portanto, é mister que a família seja capaz de suprir as diversas necessidades humanas e sociais de seus integrantes.

O suprimento de tais necessidades deve ser oportunizado na família por critérios de condutas baseados em princípios e valores que promovam, dentro de um contexto afetivo, o respeito e o diálogo entre seus membros.

Nessa perspectiva, o indivíduo poderá, de forma saudável, desenvolver suas potencialidades, estruturando-se em seus futuros relacionamentos com o mundo que o cerca. Para compreender a concepção de família, é mister compreender as suas várias transformações no decorrer dos tempos.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: Várias foram as influências sofridas pela família contemporânea, destacando-se como principais e fundamentais aquelas originadas da família românica e da família canônica.

O *pater famílias* detinha o poder político, religioso e de juiz sobre todos os seus descendentes. Essa autoridade transcendia os vínculos sanguíneos, pois também ficavam sob seu jugo, além de seus descendentes, sua esposa, as mulheres casadas com seus descendentes e os escravos, deles podendo dispor livremente, inclusive sob o direito de vida e morte.

Esse era o modelo clássico da família romana, denominado de “patriarcal e hierarquizado”, visto como uma unidade política, jurídica e religiosa. O sistema do patriarcado fundava-se numa família padrão sob a lei da desigualdade, onde todos que não serviam ao sistema eram excluídos.

Nesse sistema a mulher era reduzida a um ser juridicamente incapaz, e casando ficava também submetida ao poder do *pater famílias.* Essa submissão compreendia, além de seu corpo, também a de seus bens que incorporavam o patrimônio do *pater famílias* a título de dote.

Essa foi a primeira forma de família conhecida, cujo fundamento era sustentado

pelos valores econômicos. Embora o afeto natural pudesse existir, esse não era o elo entre os membros da família, prevalecendo os vínculos jurídicos e os laços de sangue sobre os vínculos do amor.

Esse modelo sofreu uma evolução cuja maior repercussão foi no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando maior autoridade à mulher e aos filhos. Também se operou com essa evolução a perda do poder de vida e morte do *pater* sobre a mulher e seus filhos. Nesse estágio os filhos passaram até a administrar suas próprias rendas.

Nesse período o parentesco passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, o que trouxe modificações importantes, que amenizaram o rígido poder do *pater*.
Em conseqüência dessas modificações, os filhos tornaram-se mais independentes, o mesmo acontecendo com relação à mulher, que passou a participar de atividades anteriormente permitidas. Embora na Idade Média ainda houvesse a presença de muitos institutos do direito romano antigo, esse período destacou se pelo regramento exclusivo do direito canônico sobre as famílias.

Operou-se, assim, nos séculos X e XV o reconhecimento tão somente do casamento religioso, tendo esse sido consagrado como um vínculo indissolúvel entre o homem e a mulher.

Nessa fase a família foi transformada pela igreja numa verdadeira instituição religiosa, pois nela se estabelecia um verdadeiro local para os cultos que eram dirigidos pela figura paterna, onde cada um dos componentes da família assumia funções determinadas, com objetivo de proporcionar mútua assistência entres seus integrantes.

Nesse modelo de família o matrimônio era considerado um sacramento e só através deste, se reconhecia à prole legítima, apenas essa abençoada pela igreja.

Desse modo ficou caracterizada a primeira distinção entre os filhos provindos do casamento e fora do casamento, sendo estes desabrigados de qualquer proteção legal.

Em 1804 passou a ser conhecido um sistema de regras redigidas em códigos, cujos precursores formam os franceses com o Código Napoleônico. É o início da era codificada.

A regra do código Napoleônico nas questões referentes ao direito de família tratou de reafirmar o modelo clássico romano da grande família patriarcal e hierarquizada sobre a autoridade do marido e do pai.

Cabe, nesse ponto, transcrever as palavras do mestre Luiz Edson Fachin:

> A interpretação tradicional no direito ocidental é das fontes romanas. A família que se inseria nesse modelo é aquela que já havia superado pó matriarcado, e que passa a ser unidade política, jurídica e religiosa. Atravessa a idade média e se projeta para o Código Civil Francês, que acaba adaptando este modelo, incorporando o individualismo e voluntarismo jurídicos, repercutindo no Código Civil brasileiro.[3]

---

3 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

O Código Civil brasileiro de 1916 regulamentou inteiramente as relações jurídicas atinentes à família, seguindo o modelo codificado francês. Essas regras tornaram-se lei fundamental, pois a Constituição Republicana, de 1891, vigente na época, nada falava sobre a matéria, fazendo apenas uma breve referência ao casamento civil.

O modelo de família que repousou no Código Civil de 1916 inspirava-se numa família patriarcal, funcional e hierarquizada, vinculadas aos laços sanguíneos, fundados no casamento. Demais disso, toda a união ocorrida sem a realização do casamento era tida como ilegítima sendo impossível o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, chamados de ilegítimos, tudo em prol dos valores morais e éticos vigentes na época.

Nesse modelo de família, o pai detinha amplos poderes, inclusive sobre a disposição de bens que a integravam, sua vontade imperava sobre a vontade familiar e sua única preocupação era dar continuidade à unidade familiar sem se preocupar com os desejos e sentimentos de seus membros, relegado esses a segundo plano.

A posição ocupada pela mulher restringia-se tão somente ao papel de esposa submissa e obediente de mãe, competindo-lhe a organização das tarefas de casa e educação dos filhos não sendo cabível protestar qualquer idéia imposta pela autoridade paterna. Os filhos não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris.* O patrimônio pertencia integralmente ao pai.Os filhos não possuiam bens próprios. Essa concepção romana abranda com o tempo, permitindo, por exemplo, que o filho adquirisse o peculio castrense, a propriedade de bens adquiridos em decorrência da atividade militar. Aos poucos, outros pecúlios foram sendo permitidos ao *fiius familiae*.[4]

As idéias contrárias que porventura surgissem eram sufocadas além de acarretar-lhes punições severas executadas pelo seu chefe de família, na maioria das vezes, por atos violentos. Demais disso não cabia aos filhos nenhuma espécie de vontade ou sentimento, sendo-lhes negado, inclusive, o direito de escolher o cônjuge e também de optar por sua carreira profissional.

Cabe ainda ressaltar que o poder do pai era limitado aos componentes da sociedade conjugal, haja vista que o ordenamento jurídico mantinha-se em silêncio nas questões atinentes às relações ilegítimas. O Pátrio Poder existia muito antes do Direito Romano, vem da Antiguidade, porém sua essencia é baseada na estrutura da família romana que mantinha suas relações baseadas no poder. O poder absoluto do pai sobre os filhos já era reconhecido pelas XII Tábuas (450 a. C.), mais particularmente pela tábua IV, que tratava do Pátrio Poder, contendo quatro incisos, e neles, se limitava legalmente, pela primeira vez o poder absoluto do pater familias sobre a sua família.[5]

---

4 VENOSA, Sívio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Direito de família, v. 6). p. 366-7.

5 MOTA, Silvia. Lei das doze tábuas. *In*: CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA. **Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito**. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/leis/ LeiXIITabuas.htm>. Acesso em: 28 dez. 2008.

Caio Mário da Silva Pereira expressa a autoridade do pai de forma bastante legível ao dizer que "o pai, como um pater romano, exercia autoridade plena sobre os filhos, que nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da fiha, estava presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento".[6]

Com o decorrer do tempo, à medida que se alteravam as funções e a estrutura da familia romana, restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família. Sob o aspecto pessoal, o pai dispunha de todos os direitos sobre o filho, como expô-lo, vendê-lo, matá-lo, transferi-lo a outrem e até mesmo entregá-o como indenização. Sob o aspecto patrimonial, o filho nada possuia de próprio. Tudo o que adquiria era do pai e isso não só valia em relação às dívidas que e se contraia perante terceiros. Esses direitos foram reduzidos e o absolutismo opressivo do pai passou a simples direito de correção.[7]

A concepção rigorosa romana do pátrio poder se abranda com o tempo, devido a influência do cristianismo[8], terminando com a idéia da família apenas como dever de procriação, de formação da prole, sendo a favor do fortalecimento da casamento, e contrário às relações sexuais mistas, à institucionalização do divórcio e a realização de um segundo matrimônio, salvo em caso de adultério ou morte do conjuge.[9] O Cristianismo teve forte influência na mudança das leis tão rigorosas e no respeito que foi se instituindo aos filhos e à mulher no casamento.[10]

O direito canônico teve grande importância nessa evolução, uma vez que os canonistas eram contra o divórcio, considerando-o prejudicial à formação dos filhos. O casamento era para eles de suma importância, não sendo apenas um contrato, mas um sacramento, onde não poderiam os homens dissolver a união realizada por Deus. Do século X ao século XV, o casamento religioso era o único conhecido.[11]

O Direito civil que vigorava no Brasil, anteriormente ao código civil de 1916, era sistematizado pelas Organizações Filipinas, documento jurídico que foi utilizado por cerca de 300 anos, onde predominava a sistemática romana, conferindo exclusivamente ao pai o poder de dirigir a educação, fixar a condição e administrar o patrimônio do filho.[12]

O Pátrio Poder era exercido pelo pai e recaía apenas sobre os filhos legítimos, ou seja, contraídos de justas núpcias. A mulher ocupava no grupo familiar, a mesma posição

---

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. (Direito de família, v. 5). p. 265.

7 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de familia. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 282.

8 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. (Direito de família, v. 6). p. 396.

9 LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

10 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei n° 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 601.

11 WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

12 SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40-1.

do filho, logo, não poderia assumir o patrio poder sobre os filhos menores, mesmo com a morte do marido.[13]

Em 1º de janeiro de 1916, com a Lei nº 3.071, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, que dispunha sobre o Pátrio Poder no Título V, Capítulo VI, dos artigos 379 a 395, dividindo-se em três seções. Esse modelo de código era totalmente fundado no modelo patriarcal.

A partir da Constituição Federal de 1934, a família passou a ter importância no âmbito social e jurídico. Após, uma série de normas jurídicas acerca da família foram editadas pelo Estado, e através do Decreto-lei 1.764, de 10 de novembro de 1939, estabeleceu-se a Comissão Nacional de Proteção à Familia.[14]

Em seguida, a familia teve uma maior proteção através do Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941, onde foram regulados os *aspectos eugênicos, morais e patrimoniais da familia.* Em 1948, enquanto a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas proclamava a paridade plena dos direitos entre homem e mulher, proibindo a distinção entre os filhos, no Brasil, a mulher continuava com a sua condição de pessoa relativamente incapaz para atos e negócios jurídicos, cabendo a chefia da sociedade conjugal ao homem, que era auxiliado pela sua esposa.[15]

Porém em 1962, criou-se o Estatuto da Mulher Casada, com a Lei 4.121 de 27 de agosto, considerando a mulher relativamente incapaz.

O redimencionamento da família veio como uma conseqüência natural do desenvolvimento da história da humanidade. Houve a necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, cujas premissas tiveram de ser parcialmente alteradas, devido às mudanças socioeconomicas que ocorreram na história contemporânea. Em vista disso houve uma necessidade de uma repersonalização das relações familiares, sendo promulgada a Constituição Federal de 1988, que trouxe para o direito da família, a equiparação entre homem e mulher com igualdade de direitos e deveres, complementando a estes dispositivos constitucionais o artigo 227 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa a família constitui-se por uma instituição, de maneira regular, formal e definida de realizar uma atividade. É uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale à sociedade para regular a procriação e educação dos filhos. Ainda, pode ser definida como uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos.[16]

Arnaldo Rizzardo diz que o conceito de família que mais se adapta aos novos regramentos jurídicos é o de conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união

---

13 *Ibid.*, p. 42.

14 LISBOA, 2002, p. 30.

15 LISBOA, 2002, p. 30.

16 VENOSA, 2003, p. 18.

estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados.[17]

O referido autor faz alusão a Carta Magna de 1988, enfatizando que as entidades familiares são as comunidades formadas por homem e mulher reunidos sem casamento, apenas para efeito de amparo do Estado, no âmbito do direito assistencial (sistema de seguridade social), e as constituídas por um genitor e seu filho, ou proteção devida a esses.

Nos dizeres de João Baptista Villela a família hoje, expressa um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. Cada indivíduo busca na família sua realização, seu próprio bem-estar.[18]

A família pode ser entendida de forma genérica como um conjunto que abrange parentes consangüíneos, civis e afins.

A união estável e homoafetiva estão sendo reconhecidas como entidades familiares quando são criadas para este fim, possibilitando sanar uma lacuna.

O pai deixa de ser o elemento essencial na relação familiar, destituindo-se do poder soberano, possibilitando uma igualdade entre os membro do grupo.

O mercado de trabalho e a necessidade de sobrevivência de todos os indivíduos do grupo contribuem para estas mudanças. A mulher fica mais independente e pode cuidar dos filhos sozinha.

A formação de novas famílias, a junção de filhos de pais diferentes em um mesmo ceio familiar, as diversas gerações convivendo mais tempo entre si trazem além da troca benéfica de experiências o conflito natural de épocas diferentes que se encontram sob a égide da modernidade, da permissividade.

Famílias conduzidas somente por um dos membros dividem opiniões. A consciência da necessidade de uma família tradicional com pai e mãe possibilita a divergência dos profissionais da Psicologia. O surgimento de novas tecnologias que possibilitam o nascimento de filhos não concebidos pelo método tradicional da conjunção carnal modificaram e construíram opiniões.

O homem capaz de reconstituir tecidos do seu corpo através do manejo de embriões humanos trouxe à tona preocupações éticas, morais e religiosas.

Filhos concebidos de forma não tradicional geram famílias com uma concepção diferente da até então conhecida, compelindo o direito de família, que se embasa nas diversas ciências, que regulam o homem na face da Terra, buscar tutelar estas demandas familiares entre o indivíduo pertencente a um determinado grupo familiar e a sociedade.

2.2 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: Os dogmas que serviram de fundamento para o direito civil durante muito tempo, com a Constituição Federal de 1988

17 RIZZARDO, 2004, p. 12.

18 VILLELA, João Baptista. **A nova família**: problemas e perspectivas. Organização de Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

começaram a perder força, tendendo a serem totalmente superados. A Constituição de 1988 conferiu nova conotação a diversos institutos do direito civil, sendo essencial para redefinição do conceito de família. Analisando esse processo de constitucionalização do direito civil, Fabíola Santos de Albuquerque expõe: "Na senda da constitucionalização do direito civil, o direito de família, provavelmente, tem sido o ramo do Direito que mais absorveu as mudanças e os influxos da humanização das relações jurídicas em nosso tempo".[19]

Um dos princípios de maior destaque trazido pela Lei Fundamental no que tange a todo Direito, mas que tem uma importância especial no Direito de Família, é o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio forneceu uma definição jurídica mais avançada do núcleo familiar, e por conseqüência outro tipo de proteção a seus integrantes. Segundo Cristiano Chaves de Farias, o princípio da dignidade da pessoa humana erige o indivíduo como o fundamento da existência do próprio ordenamento jurídico.[20]

A dignidade da pessoa humana significa o respeito e preservação à integridade física e psíquica do indivíduo, envolvendo diversos aspectos e requisitos para que se possa efetivamente alcançá-la, tais como: condições mínimas de sobrevivência, que por sua vez envolve alimentação, educação, lazer, e inclusive respeito à propriedade e liberdade. No entanto, estes dois últimos aspectos só devem ser tutelados na medida em que realizam a dignidade do ser humano.

Numa primeira análise do que foi dito logo acima, vamos perceber que a maneira de se dar efetividade à dignidade do homem está intimamente ligada à entidade familiar e ao seu novo conceito jurídico, que deixa de ser apenas uma instituição do direito civil para ser um núcleo de afetividade com objetivo especial de proteger e satisfazer seus integrantes.

Nesse mesmo sentido Cristiano Chaves de Farias esclarece:

> É possível enxergar a família sempre sob uma perspectiva constitucional, abandonando o seu caráter de instituição jurídica e passando a merecer tutela como verdadeiro instrumento de afirmação da realização pessoal do ser humano, valorizando os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento de sua personalidade, em combate a feição patrimonial, até então predominante.[21]

A família na sua dimensão constitucional ultrapassa o conceito de família fundada

---

19 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 52.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós-modernidade**: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. 2004. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9farias.htm>. Acesso em: 12 mar. 2009.

21 FARIAS, 2004, p. 98.

num modelo oficial, único que recebia proteção do Estado. Com o reconhecimento jurídico do afeto pela Constituição de 1988 como razão de existência do núcleo familiar, há o fracasso da família patriarcal, adotada pelo Código Civil de 1916, permitindo assim, que vários outros núcleos anteriormente ignorados pelo Direito como família, passassem a ter uma proteção por parte do Estado.

Os artigos 226 a 230 da Constituição Federal Brasileira demonstram a situação acima descrita, no passo em que deslocam o centro de preocupação com a instituição do casamento, antes a única forma de família admitida, para as relações familiares, vista agora como gênero.

A família se constitucionalizou, incorporando em seu contexto os diversos princípios constitucionais trazidos pelos novos valores sociais decorrentes de uma mudança cultural da sociedade.

Enfatizando a constitucionalização do Direito de Família se manifesta Luiz Edson Fachin:

> O legado codificado desse sistema desenhou a família no liame estabelecido entre legitimidade e casamento. Do Código Civil até a Constituição Federal de 1988 a herança se manteve quase indivisa, impondo seus valores e gerando contradições. Ao aportar no texto constitucional o conjunto de transformações embaladas pela viragem cultural do final do século XX, com os princípios da igualdade, da não discriminação e da neutralidade, o modelo ancorado no Código e nas leis esparsas, mesmo resistindo, cede lugar à "constitucionalização" do Direito de Família.[22]

Não só o princípio da dignidade humana embasa o novo conceito de família, mas dele decorrem vários outros que também o efetivam, tais como: o princípio da igualdade material, o princípio da liberdade, princípio da solidariedade, bem como o princípio da pluralidade de núcleos familiares . Desse conjunto de princípios ocorre definitivamente uma ampliação da definição de família, permitindo-se considerar juridicamente como núcleo familiar não só aquele fundado no casamento, como também as demais entidades expressas no artigo 226 da Constituição Federal, além de permitir uma interpretação mais elástica.

Na realidade, as famílias de fato sempre existiram, sem, todavia, possuir tutela jurídica do Estado. Somente em 1988 com a Constituição Federal, hoje vigente, foi possível o enquadramento desses núcleos familiares no Direito de Família, apesar de uma resistência continua dos civilistas em se adequarem aos novos preceitos constitucionais. Sobre essas várias entidades familiares protegidas constitucionalmente, Rosemiro Pereira Leal expõe:

> Depreende-se do texto constitucional que, pouco importando o modelo familiar adotado pelos agentes da instituição da família, hetero ou homossexual, monoparental ou pluriparental, é dever do Estado assegurar o afeto como direito-garantia de cada integrante da comunidade familiar e prover ex officio seus direitos funda-

22 FACHIN, 1999, p. 102.

> mentais (art. 226, §8º), exigindo-se do Ministério Público (art. 129, II), em caso de inadimplência do Estado, instauração de ações mandamentais ao cumprimento desses direitos (art. 5º, § § 1º e 2º).[23]

A entidade é apenas um instrumento de desenvolvimento do homem, e, portanto, não tem forma única como anteriormente, quando só se admitia a família fundada no casamento . Com a igualdade dos homens e mulheres perante a lei trazida finalmente com a Constituição Federal, e com os novos rumos sociais, não há mais que se defender a hierarquização da família, anteriormente liderada pelo homem, mas sim a compatibilização de tarefas e responsabilidades, determinando neste contexto novas formas de relacionamentos entre os membros da família, inclusive em relação aos filhos.
Sobre esse novo poder familiar, é muito interessante a colocação feita por Albuquerque:

> De objeto de direito o filho passa a ser sujeito de direito. Essa inversão reflete a modificação do poder familiar. A maneira de exercer esse poder sempre foi condicionada às vicissitudes pela quais passou a família. Sua configuração sempre foi em consonância com a estrutura familiar, ou seja, quanto mais hierarquizada e desigual fosse a família, mais poderes eram concentrados nas mãos do pater, que os exercia em razão da mulher e do filho. O filho concebido fora do casamento, sob a égide do Código Civil de 1916 e antes de 1988, dependia de uma série de condições para poder ser reconhecido, como por exemplo, a dissolução do casamento de seu pai.[24]

Os novos valores sociais incorporados ao Direito permitiram que essa discriminação antes determinante, entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos fosse extinta recebendo proteção jurídica integral em todos os aspectos.

O direito de filiação não pode ser negado visando a tutela de uma instituição jurídica, sob pena de uma lamentável inversão de valores, desrespeitando frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que rege todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Os princípios da igualdade e da dignidade conduzem à construção de um novo modelo da família, que valoriza o indivíduo como ser humano.

Com essa consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como a base de todo o sistema jurídico, conferindo aos indivíduos uma tutela acima dos valores patrimoniais, fez com que o legislador estendesse a proteção do Direito de Família aos filhos, independentemente da origem e da situação em que se encontrem os pais, bem como estendesse guarida a uma pluralidade de núcleos familiares, anteriormente não re-

---

23 LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e eticidade familiar constitucionalizada**. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 96.

24 ALBUQUERQUE, 2004, p. 142.

conhecidos como tais.[25]

Toda essa interpretação mais elástica da entidade familiar permitida constitucionalmente, de acordo com sua nova tábua axiológica, deu margem à defesa, hoje, de uma família pós-moderna com proteção integral do Estado.

2.3 A FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL: A família tem merecido uma incessante atividade legislativa, refletindo, necessariamente, a cultura da sociedade. Não há instituição, por mais que se queira conservadora, que tenha exigido dos legisladores um tratamento de constante trânsito para permitir que sejam atualizados os seus institutos, a começar do próprio conceito de entidade familiar. Quando se trata de problemas relativos ao direito de família, a realidade não pode ser alcançada na sua totalidade pela disciplina normativa. [26]

Em janeiro de 2002, entrou em vigor o Novo Código Civil, causando alterações, mudanças no Direito de Familia, procurando fornecer uma nova compreensão da familia adaptada ao novo século, estabelecendo igualdade jurídica entre os cônjuges e aos companheiros.

A organização familiar está vinculada a mudanças, mas o direito brasileiro permaneceu por muito tempo alheio às mudanças sociais que de certa forma vinham ocorrendo.

O código não se refere ao pátrio poder, mas sim ao poder familiar, que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores.

Quando se trata de Direito de Família sempre é possível recorrer àquele ensaio de **Montaigne** sobre o arrependimento. O grande ensaísta do século XVI escreveu que o

> Mundo não é mais que um perene movimento. Nem todas as coisas se movem sem cessar; a terra, os rochedos do Cáucaso, as pirâmides do Egito, e tanto com o movimento geral como com o seu particular. A própria constância não é outra coisa senão um movimento lânguido. Não consigo fixar meu objeto. Ele vai confuso e cambaleante, com uma embriaguez natural. Tomo-o nesse ponto, como ele é, no instante em que dele me ocupo. Não retrato o ser. Retrato a passagem; não a passagem de uma idade para outra ou, como diz o povo, de sete em sete anos, mas de dia para dia, de minuto para minuto. É preciso ajustar minha história ao momento. Daqui a pouco poderei mudar, não apenas de fortuna, mas também de intenção. Este é um registro de acontecimentos diversos e mutáveis e de pensamentos indecisos e, se calhar, opostos; ou porque eu seja um outro eu, ou porque

---

25 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. *In*: _____. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 400.

26 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A família e o novo código civil**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewPDFInterstitial/30051/29463>. Acesso em: 18 mar. 2009.

> capte os objetos por outras circunstâncias e considerações. Seja como for, talvez me contradiga; mas como dizia Dêmades, não contradigo a verdade. Se minha alma pudesse firmar-se, eu não me ensaiaria: decidir-me-ia; ela está sempre em aprendizagem e prova.[27]

As relações entre os casais, as relações dos pais com os filhos, a idéia mesma da vida em comum, tudo, enfim, está submetido a um processo e como tal modificam-se, às vezes lentamente, às vezes rapidamente, mas nunca contra o movimento da sociedade, contra as raízes da convivência social, contra os modelos que se adotam de tempos em tempos para significar avanços ou recuos de acordo com o padrão moral que é imposto a todos como sociedade civilizada. E aqui a palavra moral é utilizada no sentido mais simples, ou seja, na regularidade dos comportamentos dos indivíduos de acordo com normas sociais que alcançam todos os indivíduos em uma dada sociedade. O que é relevante fixar é a idéia de que nas relações familiares o conjunto dessas normas sociais provoca e estimula certa orientação, certo comportamento. Adicionando a tudo o poder da comunicação social, que transformou o mundo, em uma nova forma de totalitarismo, vê-se que o poder dessas normas sociais, ou convenções sociais, tem penetrante força na direção dos comportamentos individuais e coletivos, importando hábitos que não são da própria sociedade, mas, sim, de outra, como forma de dominação cultural terrificante.[28]

O novo Código Civil aborda um tema muito relevante sobre a evolução da família, a igualdade conjugal. O artigo 1.511 do novo Código Civil, tratou do princípio da igualdade de direitos e deveres entre homem e a mulher, e como dispõe o artigo 1.567: "A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos." Existe, portanto uma igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, entre companheiro e a companheira, de modo que a vontade de um não se sobreponha à do outro.[29]

Igualdade conjugal entende-se por chefia conjunta da familia, mas também não significa que a cada decisão seja necessária uma manifestação formal e conjunta. As decisões conjuntas ficam reservadas para as hipoteses expressamente previstas em lei ou para aquelas mudanças relativas a interesses que possam resultar em um conflito para o casal. Conforme preleciona Sérgio Gischikow Pereira, "os casais simplesmente precisam exercitar a capacidade do diálogo, da compreensão, do entendimento, receita de resto, essencial para toda a coletividade".[30] Atualmente não existe mais o que existia, a co-rela-

---

27 MONTAIGNE. Apologia de Raymond Sebond. *In*: _____. **Os ensaios**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro 2, p. 276.

28 DIREITO, 2009.

29 FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O código civil e o novo direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

30 PEREIRA, Sergio Gischikow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 20.

ção entre família e casamento, pois, a união estável e a família monoparental são também reconhecidas como família. Para Euclides de Oliveira, a

> Entidade familiar é um lato, que abriga todas as espécies de família, seja oriunda do casamento, da união estável, união de fato ou da monoparentalidade. O ordenamento constitucional consagrou a definição ampla da familia, como base da sociedade, garantindo-lhe a proteção especial do Estado, independentemente do modo pelo qual tenha se originado a união.[31]

A família, de acordo com o novo Código Civil, não resulta mais apenas do casamento. De acordo com José Lamartine C. de Oliveira e Francisco J. Ferreira. "o princípio da autonomia privada está presente em matéria matrimonial na liberdade de casar-se, na liberdade de escolha do cônjuge, e também, vistas a coisas pelo ângulo reverso, na liberdade de não casar".[32]

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em matéria de Direito de Família. Na verdade, criou mesmo um novo Direito de Família no Brasil, que passou a ter um direito constitucional de família a partir do novo conceito de entidade familiar, reconhecendo a união estável entre um homem e uma mulher, com direitos e deveres iguais para ambos os cônjuges, com o planejamento familiar, para coibir a violência no âmbito das relações familiares, vedando quaisquer tipos de discriminações dos filhos, nascidos ou não da relação de casamento, acabando, portanto, com o estigma da filiação ilegítima.[33]

Fácil é verificar que a realidade social, a cultura do tempo vivido, levou os Tribunais primeiro e depois o constituinte a incorporar modificações substantivas nas relações familiares. Com isso, não se pode dizer que o novo Código Civil, nesta matéria, seja definitivo, devendo considerar-se, sempre, que a sua disciplina reflete momento de sua elaboração e, portanto, não dispensará permanentes atualizações.[34]

3 O PODER FAMILIAR

3.1 O PODER DA FAMÍLIA NA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O novo Código estabelece que "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores", podendo levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspectivos. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos.[35]

O ECA estabelece que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, "na

---

31 OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

32 OLIVEIRA, José Lamartine C. de; FERREIRA, Francisco J. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999. p. 135.

33 DIREITO, 2009.

34 *Ibid.*

35 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Do poder familiar**. Mar. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 27 set. 2008.

forma do que dispuser a legislação civil". O novo Código refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição.

O poder familiar, concebido como múnus, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.[36]

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei.

O novo Código estabelece que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (art. 1.631). No art. 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, estabelece que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos mas os ter em suas companhias, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o art. 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita. A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o "direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ter assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos. No caso da guarda compartilhada, por ser modo de preservação das relações familiares, entre pais e filhos, tendo ambos os pais direitos/deveres equivalentes, a regra de exclusão do novo Código não pode ser aplicada.[37]

É importante frisar que o novo Código revogou a norma contida no art. 10 da Lei n. 6.515/77,[38] que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Consequentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe.

---

36 *Ibid.*

37 LÔBO NETTO, 2006.

38 Esta \Lei regula os casos de dissolução da Sociedade Conjugal e do casamento. seus efeitos e respectivos processos. - Na separação Judicial fundado no caput do art 5º (a separação pode ser pedida por um só dos conjuges quando inputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum) os filhos menores ficarão com o conjuge que a e não houver dado causa.

O novo Código não utiliza os termos "criança" e "adolescente", presentes na Constituição, no capítulo dedicado à família, porém "menor". Mais uma vez, em conformidade com a Constituição, menor deve ser entendido como criança ou adolescente, segundo a distinção que faz o ECA.

O art. 1.633 do novo Código determina, repetindo essencialmente o Código anterior, que o filho não reconhecido pelo pai "fica sob o poder familiar exclusivo da mãe". A redação aprovada pelo Senado Federal, para o artigo correspondente, previa "autoridade da mãe", muito mais adequado do que o malposto poder, que prevaleceu na Câmara dos Deputados. Se a mãe for desconhecida, diz a lei, o menor ficará sob autoridade de tutor. Para haver tutela, todavia, ambos os pais devem ser desconhecidos. O disciplinamento do ECA sobre desconhecimento dos pais, que permanece aplicável, é mais abrangente, pois não apenas se refere à tutela, mas à colocação do menor em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28).

Por ser dever, o poder familiar assegura ao menor o direito imprescritível ao reconhecimento do estado de filiação (art. 27), exercitável contra os pais.

O ECA, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais (art. 22) "o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores" e, sempre no interesses destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição. O dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem.

Tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição", além de consistir em abuso (art. 227, § 4.º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.[39]

O induzimento ao menor para fugir do lugar em que se exercite o poder familiar constitui crime, sujeito a pena de detenção de um mês a um ano, previsto no artigo 248 do Código Penal. Também constitui crime subtrair o menor à autoridade de quem detém o poder familiar, sujeito à pena de detenção de dois meses a dois anos (art. 248 do Código Penal). O crime considera-se agravado, com pena de reclusão de dois a seis anos, se a subtração do menor, de quem detém o poder familiar, se der com intuito de colocá-lo forçosamente em lar substituto.

Prevê o art. 1°, inciso III, da CF, que o Estado Democrático de Direito tem como

---

39 LÔBO NETTO, 2006.

fundamento a dignidade da pessoa humana.

Antes mesmo do texto constitucional acolher como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já considerava que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Na concepção de Lobo, "A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público".[40]

"No Direito de Família, a dignidade da pessoa hoje se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia de cada membro da família. [...] A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro".[41]

Ao falarmos de dignidade da pessoa humana, estamos justamente buscando o ser ético. O ser que leva em consideração o individual, sem perder de vista o coletivo. A dignidade da pessoa humana está relacionada com esta evolução que teve o Direito de Família, que se encontra repersonalizado e despatrimonializado. Da mesma forma que o patrimônio vai perdendo importância, a pessoa passa a ser supervalorizada.

O princípio da dignidade da pessoa humana coaduna-se perfeitamente com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que visa prover-lhes por todos os meios e facilidades o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, que só pode ser alcançado em condições de igualdade e dignidade. As crianças e adolescentes conforme disciplina o art. 3° do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n° 8069/90) gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É com base neste fundamento, que devemos respeita a dignidade da criança e do adolescente, que são pessoas ainda em estágio de formação, onde o legislador constituinte e o legislador ordinário devem se preocupar em disciplinar medidas de proteção, para que a dignidade destas pessoas seja respeitada.

Princípio é espécie do gênero norma jurídica constitucional, desta forma não necessita de norma jurídica infraconstitucional regulamentadora. Deve ser obedecido assim como a própria norma constitucional, uma vez que está umbilicalmente ligado a ela.

No que diz respeito à dignidade da pessoa da criança e do adolescente e a sua proteção integral, o artigo 227 da Constituição Federal traz deveres que visam a sua proteção:

> É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a 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.

---

40 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A família na travessia do milênio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2000. p. 251.

41 SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 30.

Desta forma, não se trata de um direito oponível apenas ao Estado, ou a sociedade, mas primeiramente a cada membro da própria família. É uma surpreendente mudança de paradigmas, decorrente da nova concepção de família, baseada no afeto e na solidariedade, constitucionalmente reconhecida.

A busca da efetivação dos interesses da criança está disciplinada no ECA, que tem tais interesses como regra fundamental, inspirada no texto constitucional, que estatuiu a garantia de um crescimento digno e sadio, em exortação à dignidade humana.O respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente, constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, direcionada esta proteção de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, indiferença, desafeto e violência, assim como produzindo meios para que ela cresça em um ambiente saudável, com lazer, educação, respeito, saúde, liberdade, afeto, etc. Sendo necessário promover meios para que a família se desenvolva em um ambiente feliz e harmonioso, que integre o diálogo, o respeito, o amparo psicológico e material e o carinho que constituem a base da nova família.

3.2 AS DIVERSAS FORMAS DE VIOLÊNCIA PRATICADAS CONTRA A CRIANÇA: VIOLÊNCIA FÍSICA, PSICOLÓGICA, SEXUAL E A NEGLIGÊNCIA: Um dos temas que tem proporcionado preocupação constante em relação à criança e ao adolescente refere-se à violência doméstica, ou como designa a lei, a ocorrência de maus tratos.

Esta situação não é nova e nem fruto da modernidade. Esta assentada em raízes culturais e na condição de criança e adolescente como objetos de direito. Diante desta constatação, o debate sobre o tema sempre é salutar. Muitas vezes os profissionais da área da saúde desconhecem a forma de agir perante a constatação de maus tratos, impedindo uma ação protetiva em face da criança vitimizada.

Sendo tais profissionais um dos responsáveis pelos bons tratos as crianças e adolescentes, mister se faz detalhar tal assunto com enfoque na legislação menorista.

O Estatuto da Criança e do Adolescente define a prática de maus tratos em seus artigos 3º e 5º. Conforme os dispositivos referidos, depreende-se que toda ação ou omissão que prejudique o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade e de liberdade, configura maus tratos. Portanto, a criança e o adolescente não devem ser objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo coibida tanto a prática omissiva quanto a comissiva.

O Código Penal conceitua e incrimina a conduta de maus tratos em seu artigo 136. Segundo este dispositivo, entende-se como maus tratos a exposição a perigo de vida ou saúde de pessoa subordinada ao agente causador, já que está sob sua autoridade, guarda ou vigilância com finalidade de educação, ensino, tratamento ou custódia. Além disso, a conformação desse tipo penal se vincula as condutas de privação absoluta ou re-

lativa de alimentação ou de cuidados indispensáveis; trabalho excessivo ou inadequado; abuso de meios físicos ou morais de correção ou disciplina, sendo que para a caracterização da infração basta que apenas um desses comportamentos seja praticado pelo agente causador.

Conforme a interpretação do artigo 136 do Código Penal, o perigo a que a vítima for exposta deve ser concreto, ou seja, deve existir a probabilidade do dano.

Pela citada legislação penal amparada, pela legislação civil (código civil - artigo 1634, VII e 1638,I) à correção ou disciplina põe meio de castigos moderados é permitida. Na doutrina, o conceito de violência doméstica, englobando maus tratos é mais esclarecedor e aponta todas as causas de sua ocorrência. Conceitua-se tal fenômeno como todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que - sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico a vítima - implica de um lado, numa transgressão do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento . Depreende-se que tanto os maus tratos quanto a violência doméstica podem ser classificados em: físicos, psicológicos (emocionais), sexuais e negligência (omissão). Detalhando esta classificação. Os maus tratos:

a) **físicos**: manifesta-se pelo uso de força física de forma não acidental, geralmente praticada pelos pais, responsáveis, familiares ou pessoas próximas à criança ou adolescente, com o objetivo claro ou não de ferir, deixando ou não marcas evidentes. São ações contundentes, cortantes ou calóricas, podendo ser exemplificadas por murros, tapas, chutes, mordidas, agressões com objetos, espancamentos e queimaduras. Tal conduta pode configurar o delito de lesões corporais, presente no artigo 129 do Código Penal ou até mesmo o homicídio previsto no artigo 121 do citado estatuto penal;
b) **psicológicos** (emocionais): se apresentam por interferência negativa dos responsáveis pela criança ou adolescente, sendo que não deixa lesões evidentes. Entretanto, prejudicam psicologicamente a criança e o adolescente, formando nas mesmas, sentimento auto-destrutivo, o que influencia em seu caráter e personalidade. Este tipo de maus tratos se configura por rejeições, hostilidade, frieza, agressões verbais, depreciação, desrespeito, discriminação, exigências incompatíveis com a idade da criança ou adolescente, chantagem e etc.;
c) **sexuais**: a criança ou o adolescente é utilizado para gratificação sexual de um adulto, adolescente mais velho ou criança maior. Nesse caso, a prática de maus tratos envolve contato oral-genital, genital-genital, mão-genital, mão-seio, mão-retal, genital-retal, exploração sexual, abusos verbais, prostituição, exibição de pornografia e uso de criança ou adolescente para produção de pornografia. As condutas podem ser realizadas com ou sem violência.

Cabe mencionar que o Código Penal coíbe esse tipo de conduta no

capítulo que trata dos Crimes contra a liberdade sexual (artigos 213 a 216-A do CP) e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 244-A (crime de exploração sexual).

d) **Negligência**: ato de omissão do responsável pela criança ou adolescente, de modo que ele deixa de prover ou não provê adequadamente as necessidades básicas para o perfeito desenvolvimento. Ocorre nos casos em que a criança ou adolescente não é aprovisionado com os nutrientes adequados, além das situações em que não é oferecida proteção e supervisão adequada. Algumas formas de se verificar o abandono são demonstradas por meio de desnutrição, baixo peso, doenças freqüentes e falta de higiene;

e) **abandono**: "Caracteriza-se como abandono a ausência do responsável pela criança ou adolescente. Considera-se abandono parcial a ausência temporária dos pais expondo-a a situações de risco. Entende-se por abandono total o afastamento do grupo familiar, ficando as crianças sem habitação, desamparadas, expostas a várias formas de perigo".[42] A forma extrema de negligência se caracteriza pelo abandono, sendo que este, devido sua reprovabilidade, é tipificado pelo Código Penal nos dispositivos 244, 246 (abandono material e intelectual, respectivamente) e 133 (abandono de incapaz). Cabe ressaltar que o abandono pode acarretar a perda do poder familiar.

No Brasil, onde se percebe claramente a violação de tantos direitos sociais, econômicos e culturais, se fez necessário proteger, acertadamente, crianças e adolescentes que estão na fase de desenvolvimento de sua personalidade e precisam de uma gama maior de cuidados. E, como bem preceitua Cintra, Grinover e Dinamarco:

> Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em "acesso à ordem jurídica justa".[43]

Corroborando com tal entendimento Veronese acrescenta:

> O acesso à justiça na interposição dos interesses difusos pertencentes a criança e ao adolescente se constitui, também, em mais um fator a corroborar na transformação do Poder Judiciário, o qual passa a ser um instrumento de expansão da cidadania. Tal se dá porque, da antiga posição de árbitro tão-somente de lides inter-

42 CENTRO REGIONAL DE ATENÇÃO AOS MAUS TRATOS NA INFÂNCIA (CRAMI). 2009. Disponível em: <http://www.crami.org.br/violencia.asp>. Acesso em: 25 jan. 2009.

43 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33.

> subjetivas, é agora chamado a posicionar-se diante de conflitos de natureza metaindividual, como os interesses difusos.[44]

A violência doméstica é um fenômeno complexo, suas causas são múltiplas e de difícil definição. No entanto suas conseqüências são devastadoras para as crianças e adolescentes, vítimas diretas de seus agressores. Ao contrário do que se pensa, as desigualdades sociais não são fatores determinantes da violência doméstica, pois esta se encontra democraticamente dividida em todas as classes sociais.

A professora Dra. Maria Amélia Azevedo e Viviane Guerra através de estudos e pesquisas, foram as que melhor conceituaram o fenômeno da violência doméstica contra crianças e adolescentes, quando definem a mesma como sendo:

> Todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que - sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico a vítima - implica de um lado, numa transgressão do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.[45]

A respeito da definição acima citada, comentam ainda as autoras:

> Todo ato ou omissão significa que o fenômeno pode assumir forma ativa (ato) ou passiva (omissão), podendo ser praticado por pais (biológico ou de afinidade), responsáveis legais (tutores, que podem ser inclusive padrinhos, etc.) ou parentes (irmãos, avós, tios, primos, etc.). Demonstra-se assim a gama ampla de possíveis agressores. Circunscreve também a especificidade do fenômeno: violência doméstica, praticada no lar, um dos tipos de violência familiar (já que esta última expressão pode abranger também a violência contra mulheres e idosos), diferente, portanto, da violência extra familiar.[46]

A ocorrência de abuso vitimização física, sexual, psicológica e as negligências, praticadas contra crianças e adolescentes, depende de fatores psicológicos, sócio-econômicos, culturais e características patológicas do pai, mãe e filho. Além disso, deve-se levar em consideração o histórico familiar dos pais, articulado com o contexto situacional de sua realidade. A história familiar é composta pelas vivências acumuladas dos pais, que antes de gerarem os filhos, estiveram envolvidos nas relações de sua própria família, onde adquiriram suas experiências de socialização, que poderão transmitir aos seus filhos, existindo as-

---

44 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 91.

45 AZEVEDO, GUERRA, 1989 *apud* NEUMANN, Marcelo Moreira. **O que é violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.cedeca.org.br/ PDF/violencia_domestica_marcelo_neumman.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2008.

46 AZEVEDO, GUERRA, 1989 *apud* NEUMANN, *op. cit*.

sim a possibilidade da reprodução de valores. Tudo isso mostra, que conforme a abordagem sócio-psico-interacionista, o psicológico é condicionado pelo social, produzindo-se historicamente.

3.3 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR: No Direito Romano, a *patria potestas* representava um poder incontrastável do chefe de família.[47] Com a urbanização, industrialização, o espaço conquistado pela mulher no mundo ocidental e a globalização, esse comportamento foi modificado, fazendo nascer no Poder familiar os deveres dos pais com relação aos filhos. O exercício desse poder pressupõe que o pai e a mãe têm o dever de cuidar, criar, educar seus filhos conforme as condições da família.

Portanto, o termo Poder Familiar advém de uma evolução jurídica acerca do Pátrio Poder, visto que é instituto voltado aos interesses e proteção do menor, a ser exercido pelo pai e pela mãe, em regime de igualdade como determina o artigo 5º., inciso I, e artigo 226, parágrafo 5º., da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, a Carta Magna de 1988 eliminou a posição do Código Civil de 1916, em que o marido exercia o pátrio poder com a colaboração da mulher. Tal situação carecia de revisão legislativa. Partindo desse prima, o Pátrio Poder é uma das matérias de família que sofreu alteração com o Código Civil de 2002, passandose a denominar Poder Familiar, que é a expressão mais correta com relação aos interesses do casal e da prole.

Numa breve retrospectiva da sociedade brasileira, observa-se que durante o século XIX a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, visto que a mulher não possuía os mesmos direitos do homem, pois a ela era conferida incapacidade relativa. A lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, “Estatuto da Mulher Casada”, torna a mulher plenamente capaz, eliminando a incapacidade relativa da mulher casada; no entanto, a organização familiar ainda era patriarcal.

Essa evolução da sociedade efetivamente culminou com a Constituição de 1988 que consagrou a igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, 5º) e reconheceu outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§3º e 4º), dentre outras garantias fundamentais como: proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, §8º); dever da família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos, enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para

47 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Direito de família, v. 6). p. 333.

que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF)[48]

Portanto, acompanhando a evolução da sociedade e da própria família, encontra-se o instituto do Poder,Familiar que se alterou bastante no curso da história, culminando com o Novo Código Civil Brasileiro de 2002 que recepcionou os princípios constitucionais e desvencilhou daquela idéia. O Poder Familiar é exercido por ambos os pais conjuntamente.[49]

O instituto do Poder Familiar como observa Arnaldo Rizzardo "não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei", consagrando definitivamente a "doutrina jurídica de proteção integral" onde os interesses dos pais não se impõem aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direitos que a lei lhes atribui.[50]

Considerando todas as alterações ocorridas com relação à matéria,pode-se dizer, em síntese, que até a Carta Magna de 1988, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal, sendo essa a posição que era adotada pelo antigo Código Civil de 1916. Esse princípio foi derrubado pelo art. 226, § 5º CF que diz: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", conforme o art. 21 do ECA.

Feitas essas considerações, pode-se usar o texto de Caio Mario da Silva Pereira[51] para conceituar Poder Familiar como sendo "Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições".

O poder familiar é *indisponível*, no sentido de que o pai não pode abrir mão dele; é *indivisível*, quando se trata de pais separados, dividem-se as incumbências não seu exercício; é *imprescritível*, pois dele não decai o direito dos genitores pelo fato de deixarem de exercitá-lo, somente podem perdê-lo os pais na forma da lei.[52]

Conceituando o Poder Familiar, podemos dizer resumidamente que é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.[53]

Dessa forma, entendemos o poder Familiar como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos bens dos filhos menores e não emancipados,

---

48 VENOSA, 2005, p. 33-4.

49 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (Direito de família, v. 5). p. 423.

50 VENOSA, *op. cit.*, p. 335.

51 PEREIRA, C., 2004, p. 421.

52 *Ibid.*, p. 427

53 GONÇALVES, Carlos Roberto.**Principais Inovações no código civil de 2002**: breves comentários. São paulo: Saraiva, 2002. p. 128

com relação à pessoa destes e seus bens.[54]

Em princípio, o Poder Familiar deveria perdurar por todo o tempo de menoridade dos filhos, ininterruptamente, mas pode-se afirmar que existem situações em que essa duração pode ser antecipada, cabendo o propósito de distinguir a sua cessação por meio natural, e a suspensão ou a extinção do poder familiar, por ato jurisdicional.

O Código Civil descreve, no artigo 1.635, alguns dos fatos que podem causar a extinção do Poder Familiar, a saber:

> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5º., parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A morte de um dos pais não faz cessar o poder familiar do cônjuge sobrevivente. A morte de um deles importa na subsistência do poder familiar na pessoa do outro. Por outro lado, a morte de ambos os pais, o extingue.

Pelo Código Civil de 1916, a mãe perdia o pátrio poder em relação a seus filhos, caso contraísse novo matrimônio, situação alterada pelo novo Código Civil de 2.002, o qual prevê, em seu artigo 1636, que no caso de o pai ou de a mãe contraírem novas núpcias ou, ainda, estabelecerem união estável, não perdem o poder familiar em relação a seus filhos, exercendo esse direito sem a intervenção do novo cônjuge[55] .

No caso de mãe solteira, nunca se pôs em dúvida a subsistência do poder familiar caso venha ela a se casar. Seu marido não tem, de direito, qualquer autoridade sobre os filhos que dela nasceram anteriormente[56].

Uma forma natural de ocorrer a extinção do poder familiar se dá pela emancipação, que importa em atribuir ao filho plenitude dos direitos civis, sem a dependência dos pais. Também faz cessar a subordinação dos filhos aos pais a maioridade civil.

Por sua vez, a adoção é outra forma de extinção do poder familiar, pois os pais legítimos são destituídos desse poder o qual passa para a família substituta. Se analisar-se mais detidamente, na realidade não ocorre uma extinção e sim uma transferência do poder familiar, uma vez que o vínculo ocorrerá para com a nova família.

Outra hipótese para a extinção do poder familiar é através de uma decisão judicial por castigos imoderados, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes.

A suspensão do poder familiar pode ser requerida pelo Ministério Público ou por algum parente. Tem sua previsão legal descrita no artigo 1637, o qual afirma que os pais

---

54 RIZZARDO, 2004, p. 897.
55 VENOSA, 2005, p. 348.
56 *Ibid.*, p. 348.

podem ser suspensos do poder familiar, no caso de agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos.

Podem também ser suspensos do poder familiar o pai ou a mãe, desde que sejam condenados por crime cuja pena exceda dois anos de prisão. Cada caso deve ser analisado em separado, pois até mesmo uma condenação por tempo menor que este estabelecido pode provocar a suspensão ou até mesmo a perda do poder familiar dependendo da gravidade do fato ocorrido com relação ao filho[57].

A imposição da pena de suspensão do Poder Familiar é deixada ao prudente arbítrio do Juiz, que tem a liberdade de aplicá-la ou não. A lei não estipula por quanto tempo deve ocorrer a suspensão do Poder Familiar, mas será estipulado pelo Magistrado convenientemente aos interesses do menor. Findado o prazo, é restabelecido o exercício do Poder Familiar. O Juiz pode, também, a seu critério, revogar a medida, se assim achar conveniente.

Da mesma forma, noticiado comportamento ruinoso dos pais aos haveres de seus filhos, não se deve esperar a perda para impor a medida de suspensão do poder familiar. O que predomina é a idéia de proteção aos interesses do menor. Portanto, deve-se aplicá-la imediatamente, principalmente nos casos em que a demora pode tornar a medida infrutífera.

O poder familiar pode ser perdido pelas causas descritas no artigo 1638, do Código Civil, a saber: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

a) Castigar imoderadamente o filho.

Estabelecendo punição apenas para o castigo imoderado, admitiu o legislador "a contrario sensu" que esse castigo possa ser aplicado pelos pais, porém moderadamente. O castigo moderado, contudo, tem provocado divergências na doutrina, uns entendendo-o válido e outros não.

Denise Damo Comel, discorrendo sobre o assunto afirma que

> O castigo moderado é admitido como integrante do dever de correção dos pais, instrumento de garantia do respeito e obediência devidos. Todavia, o castigo sem moderação, levado a efeito com brutalidade, violência e agressividade, não pode ser admitido em hipótese alguma, porque não reverte benefício algum para o filho, ao contrário só resulta desproveito.[58]

No mesmo sentido, Rui Ribeiro de Magalhães, sustenta que

> O castigo moderado, por vezes, além de necessário, mostra-se salutar, decorrendo do dever de criação e educação. O que não é aceitável é o castigo brutal, imoderado, nocivo à saúde e à integridade física do filho que possa comprometer o sentimento de afetividade recíproco.[59]

---

57 *Ibid.*, p. 65, PEREIRA, C., 2004, p. 52.

58 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

59 MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de família**. Leme: LED, 2002.

Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua vez, afastando-se dessas opiniões, entende que o denominado castigo moderado traduz resquício do antigo pátrio poder e esclarece que:

> Deixando de lado as discussões havidas em outros campos, sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental, inviolável da pessoa, também oponível aos pais. O artigo 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda a violência. Todo castigo físico configura-se violência. Note-se que a Constituição (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto,com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança e do adolescente, sob o pretexto de castigá-lo.[60]

O certo é que, embora existindo divergências doutrinárias, o castigo sem excessos é lícito; a lei pune o exagero, na intensidade dele ou na sua qualidade. Mais severa será a pena imposta pelo juiz, em se apurando falta mais grave.[61]

O castigo imoderado pode ocorrer de diferentes modos. Podem caracterizá - lo, como acentua José Antônio de Paula Santos Neto[62], castigos físicos como surras, espancamento, submissão à dor física, privação de alimentos, exigência de serviços pesados e extremamente dificultosos, impróprios às condições do filho, dentre outros.

b) Deixar o filho em abandono.

O abandono, como esclarece Silvio Rodrigues[63], compreende o descaso intencional pela criação, educação e moralidade do filho. Revela falta de aptidão para o exercício do poder familiar, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e moralidade.[64]

Pode o abandono caracterizar, ainda, as figuras penais previstas nos artigos 133 (abandono de incapaz), 134 (abandono de recém nascido), 244 (abandono material), 246 (abandono intelectual) e 247 (abandono moral) do Código Penal. A falta ou carência de recursos financeiros, contudo, não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

c) Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Todos os atos que de alguma forma comprometam a integridade moral da criança ou do adolescente tipificam a figura em exame, como por exemplo a utilização de drogas na presença dos filhos, ou o convívio com pessoas que vivem do tráfico de substâncias entorpecentes ou da prática de ilícitos penais.

d) Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

---

60 LÔBO NETTO, 2000.

61 PEREIRA, C., 2004.

62 SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.

63 RODRIGUES, 2001.

64 COMEL, 2003.

A regra em questão, novidade inserida no novo Código Civil, deve ser analisada em sintonia com o artigo 1637 da mesma lei civil, e engloba de forma genérica a reincidência dos pais em descumprir os seus deveres. A amplitude da regra, contudo, sugere o seu emprego de forma cautelosa, de forma a impedir a sua desnecessária ou injusta aplicação. Além das sanções previstas no Código Civil, interessante se torna consignar que a perda do poder familiar pode ocorrer, ainda, como efeito de sentença condenatória, nos crimes dolosos sujeitos a pena de reclusão praticados contra filho, em conformidade com o contido no artigo 92, inciso II, do Código Penal. A perda do poder familiar nas situações analisadas, por constituir severa punição aos pais somente deve ser aplicada em regular processo judicial,instaurado para esse fim, e após meticulosa apuração da violação dos deveres previstos na lei, sempre assegurando-se ao infrator a ampla defesa garantida pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LV).

A Lei pune o exagero. Castigar um filho, sem excesso, é lícito. Corrigir erros de conduta é lícito, sendo vedado o abuso. As circunstâncias devem ser analisadas pelo Juiz, o qual pode aplicar a pena de perda do poder familiar se tal convier aos interesses do filho.[65]

Com referência ao inciso II, do artigo acima exposto, a Constituição da República, em seu artigo 227, prevê que toda criança e adolescente deve ter direito à convivência familiar e comunitária, portanto, quando se trata de "infante exposto", termo este que deve ser interpretado como "criança abandonada", é dispensado o consentimento dos pais, embora seja necessário o processo de destituição do poder familiar.

A falta de assistência à criança e ao jovem de quem se tenha a guarda e responsabilidade em decorrência de representação legal ou judicial, pode ser identificada como crime, podendo ser citados os seguintes exemplos: abandono material (art. 244, CP), abandono intelectual (art. 245, CP), abandono moral (artigo 247, CP), abandono de incapaz (artigo 133, do Código Penal), abandono de recémnascido (artigo 134, do Código Penal).[66]

A perda do Poder Familiar poderá atingir um ou ambos os pais. Cada caso deve ser analisado em separado pelo Magistrado. Fatos como entregar a filha à prostituição ou o filho à delinqüência, injúrias graves, abandono, devem ser avaliados pelo Juiz.

Quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se dizer que essa Lei deixa claro que sua filosofia é a manutenção da criança ou adolescente na sua família de origem, da qual somente devem ser afastados havendo motivo ponderável.

A perda e a suspensão do Poder Familiar está prevista na Lei nº. 8.069/90, em seu artigo 24, que se reporta ao descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos descritos no artigo 22, ou seja: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse

---

65 PEREIRA, C., 2004, p. 58.

66 PEREIRA, C., 2004, p. 62.

destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

Uma vez ingressada uma ação de perda e de suspensão do Poder Familiar, o pai ou a mãe envolvidos têm o amplo direito à defesa, devendo ser nomeado um defensor dativo para defendê-los, caso não possam fazer às suas expensas.

É de suma importância ressaltar que conforme prevê o artigo 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, pois sendo essa a situação, cabe ao Estado suprir as condições mínimas de sobrevivência, incluindo a família em programas oficiais de auxílio.[67]

Essa regra visa à proteção dos pais pobres, porém diligentes no cuidado dos filhos. Procura amparar aqueles que lutam com dificuldade, muitas vezes extremas, mas que não desistem dos filhos. Esse dispositivo tutela o interesse das pessoas pobres, mas que não se acomodam, não se omitem nas tentativas de propiciar aos filhos uma vida digna. A condição de miserabilidade, por si só, não pode privar os pais de exerceram o poder familiar com relação a seus filhos.

A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento do menor, conforme artigo 164, do Estatuto da Criança e do Adolescente.[68]

Os procedimentos para a perda ou suspensão do poder familiar estão disciplinados no artigo 155, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo decretada a suspensão do poder familiar, os genitores perdem todos os direitos em relação ao filho. Havendo motivos graves, poderá haver decisão em caráter liminar por parte do Juiz para decretar a suspensão do poder familiar, deferindo-se a guarda provisória a terceiro, até final decisão, conforme previsão do artigo 157, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação às medidas descritas (suspensão, perda e extinção), a suspensão do Poder Familiar é a menos grave, pois uma vez extinta a causa que gerou essa suspensão, o mesmo pode ser restabelecido. Por outro lado, a perda ou destituição do Poder Familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que não cumprirem seus deveres com relação a seus filhos.

Nessa relação entre filhos e pais, os limites de convivência e da educação, entre outros, estão fixados no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil, no Código Penal, e na Constituição Federal, não podendo deixar de ser citado o Conselho Tutelar que tem um importante papel nos casos em que alguma irregularidade seja noticiada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu artigo 136, as atribuições do Conselho Tutelar, das quais pode-se destacar o atendimento às crianças e adolescentes; atender e aconselhar os pais ou responsáveis; requisitar serviços públicos nas

---

67 *Ibid.*, p. 64.

68 VENOSA, 2005, p. 67.

áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; fiscalizar entidades de atendimento; requisitar certidões de nascimento ou de óbitos; bem como iniciar por meio de representação os procedimentos judiciais de apuração de irregularidades em entidade de atendimento e de infração administrativa às normas de proteção, entre outras que visam sempre defender, proteger, corrigir e acompanhar as famílias com tais problemas inerentes aos interesses dos filhos menores.

Uma das medidas mais graves tomadas pelo Conselho Tutelar consiste na medida de abrigo, prevista no artigo 101, inciso VII, do ECA, mas tal medida somente deve ser tomada quando houver a concordância dos pais ou responsáveis ou se tratar de criança ou adolescente abandonado, devendo, nesses casos, ser comunicada imediatamente a autoridade judiciária.

Sobre as causas de **extinção, perda e suspensão,** podemos dizer que **a extinção** é permanente e definitiva, abrangendo toda a prole. A **perda** é permanente, mas não podemos dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-la através de procedimento judicial. A **suspensão** é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária.

A extinção do Poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. O artigo 1635 menciona a morte dos pais ou do filho, a emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial que refere-se o artigo 1638 como formas de extinção. A extinção por decisão judicial a que se refere o artigo 1638 dá como causas de perda o castigo imoderado ao filho, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e a reiteração de faltas aos deveres inerentes ao Poder Familiar.[69]
A suspensão do poder familiar constitui uma sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com o intuito de punição, mas como forma de proteger o menor.[70] É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no artigo 1.637 do código civil de forma genérica dando ampla margem de decisão ao magistrado.[71] É temporária, uma vez que, desaparecendo a causa, como por exemplo, pai ou mãe que foram condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão, conforme o parágrafo único do artigo 1.637, pode o pai, ou a mãe, recuperar o Poder familiar.

4 O PROCESSO HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA : A violência, entendida como desrespeito aos direitos humanos hoje reconhecidos, acompanha a trajetória da humanidade. Ao longo do tempo, a percepção e o entendimento do sentido da infância sofrem mudanças importantes, refletindo-se diretamente no relacionamento que se estabelece entre a criança e o adulto, tanto no âmbito familiar como no social e jurídico. É recente a iniciativa do homem e das ciências em documentar o fenômeno da violência, o que tem permitido conhecer os seus efeitos sobre o desenvolvimento físico, mental,

69 GONÇALVES, 2002, p. 132-3.
70 RIZZARDO, 2004, p. 609.
71 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 133.

moral, espiritual e social da criança, bem como seus reflexos na vida adulta.[72]

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos, decorre de um processo histórico. Em vista disso, convém situar a infância no contexto social, histórico e jurídico através dos tempos, observando-a desde a Antiguidade até os nossos dias para que se aborde um caminho pela normativa internacional, a partir do século XX, enfocando, de forma especial, a proteção jurídica da criança no Brasil.[73]

Para que se possa compreender a evolução do processo jurídico de proteção aos direitos da criança. é necessário retomar o papel ocupado pela infância, no âmbito familiar e social, ao longo da história da humanidade.

Castigos físicos imoderados, exploração sexual, abuso psicológico, abandono, negligência, são relatados desde a antiguidade, na mitologia ocidental, em passagens biblicas, em rituais de iniciação ou de passagem para a idade adulta, fazendo parte da história cultural da humanidade.

As dificuldades em lidar com crianças abandonadas, levou o Brasil, a exemplo do que já havia sido instituído na Itália, no século XII, a recorrer ao sistema da casa ou roda dos expostos.

Em 1726, junto a Santa Casa de Salvador, é instituida a roda dos expostos, seguindo-se, em 1738 na cidade do Rio de Janeiro e em 1825 na cidade de São Paulo, onde era recebida crianças abandonadas.[74]

A Roda constituía-se de um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma das faces, alocada em um tipo de janela onde eram colocados os bebês que privilegiava o anonimato das mães, que não podiam, pelos padrões da época, assumir publicamente a condição de mães solteiras. Mais tarde em 1927 o Código de Menores proibiu o sistema das Rodas, de modo a que os bebês fossem entregues diretamente a pessoas destas entidades, mesmo que o anonimato dos pais fosse garantido. O registro da criança era uma outra obrigatoriedade deste novo procedimento.
O Código de Menores era endereçado não a todas as crianças, mas apenas àquelas tidas como estando em "situação irregular" e definia, em seu Artigo 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 proteção contidas neste Codigo”,[75] visava estabelecer diretrizes claras para o trato da infância e juventude excluídas, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinqüência e liberdade vigiada. O Código de Menores revestia a figura do juiz de grande poder, sendo

---

72 AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possivel proteger a criança. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

73 *Ibid.*, p. 20-1.

74 AZAMBUJA, 2004, p. 35.

75 Grafia original (BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Brasília, 1927. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=191978>. Acesso em: 19 out. 2008).

que o destino de muitas crianças e adolescentes ficava a mercê do julgamento e da ética do juiz.[76]

Essa sociedade via mal a criança, e pior ainda o adolescente.De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude. Neste momento, a família começou a se organizar em torno da criança e assim lhe dar a importância necessária para tirá-la do seu anonimato.[77]

O principal marco da evolução da concepção contemporânea de direitos humanos foi a aprovação, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Elaborada sob o impacto da 2ª Guerra Mundial e das atrocidades nela cometida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem resgatou os ideais da Revolução Francesa, reconhecendo-os como valores fundamentais em seu artigo I, onde está consignado: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". Esse conjunto de princípios e valores morais se constituíram em fonte de inspiração para a elaboração de tratados internacionais e normativas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados membros da ONU. Foram as bases para a formulação da denominada Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância, construção filosófica que teve sua semente na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, onde foi erigido a princípio norteador de todas as ações voltadas para a infância, o "interesse superior da criança", ou "o melhor interesse da criança", traduções da expressão original "the best interest of the child". Partindo da premissa de que às crianças é necessário que se proporcione uma proteção especial, preocupação já contida na Declaração de Genebra de 1924 e repetida na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que evoca o "direito a cuidados e assistência especiais" da população infanto-juvenil, a Declaração Universal dos Direitos da Criança trouxe visibilidade à criança, como ser humano distinto de seus pais e da família, cujos interesses podem, inclusive, se contrapor aos desse núcleo. . Essa nova concepção do ser humano criança como sujeito de direitos, igual em dignidade e respeito a todo e qualquer adulto, homem ou mulher, e merecedor de proteção especial, em virtude do reconhecimento de seu peculiar estágio de desenvolvimento, é a base de sustentação da teoria que se construiu ao longo desses anos, consolidada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.[78]

---

76 LORENZI, Gisella Werneck. Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. *In*: PRÓMENINO. **História dos direitos da infância**. 11 dez. 2007. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. Acesso em: 24 dez. 2008.

77 CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquerir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 22-3.

78 RANGEL, Patrícia C.; CRISTO, Keley K. Vago. **Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1099220789>. Acesso em: 25 mar. 2009.

O ECA deve ser e é um instrumento de radicalização da democracia para que ela seja verdadeiramente inclusiva do segmento infanto-juvenil na sua diversidade etária, étnica e de orientação sexual, deve-se constituir em instrumento da luta emancipatória contra a soberania do adulto em relação à criança, em direção a uma relação mais democrática entre ambos.[79]

De fato, o ECA, ao se apresentar como um instrumento jurídico completo, que dá destaque aos direitos assegurados no artigo 227 da Constituição Federal, determinando a prioridade absoluta à criança e adolescente, responsabilizando o Estado, a família e a comunidade no cumprimento desses direitos, passa a demandar toda uma mudança de cultura. E o que ainda hoje se observa é que, depois de tanto tempo de criação, o Estatuto ainda vem cumprindo a função de normatizador. A dificuldade em alterar a prática e a tomada de posição impede que os próprios conselheiros ajam de forma democrática, permitindo a participação popular, muito embora exerçam pressão para a criação ou alterações das leis.[80]

4.1 **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:** A Constituição brasileira promulgada em 1988 é anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral das Nações unidas em 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, e com vigência internacional em outubro de 1990, o que demonstra a sintonia dos constituintes brasileiros com toda a discussão de âmbito internacional existida naquele momento, sobre a normativa para a criança e a adoção do novo paradigma, o que levou o Brasil a se tornar o primeiro país a adequar a legislação interna aos princípios consagrados pela Convenção das Nações Unidas, até mesmo antes da vigência obrigatória daquela, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente é de 13 de julho de 1990.

Com o peso de mais de um milhão de assinaturas, que não deixavam sombra de dúvida quanto ao anseio da população por mudanças e pela remoção daquilo que se tornou comum denominar "entulho autoritário" - que nessa área se identificava com o Código de Menores - a Assembléia Nacional Constituinte referendou a emenda popular que inscreveu na Constituição Brasileira de 1988 o artigo 227, do qual o Estatuto da Criança e do Adolescente é a posterior regulamentação[81]. Mais do que uma mudança pontual na legislação, circunscrita à área da criança e do adolescente, a Constituição da República e, de-

---

79 SANTOS, Benedito Rodrigues dos. 18 anos de ECA: a inclusão de crianças e adolescentes no estado de direitos brasileiro. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 152-4, abr./set. 2007. Disponível em: <revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/98/102>. Acesso em: 25 mar. 2009.

80 ARRUDA, Marina Patricio de; KOCOUREK, Sheila. **O conselho municipal de direitos da criança e do adolescente como espaço da construção de cidadania**. Disponível em: <http:// revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/3939/3203>. Acesso em: 28 mar. 2008.

81 WIKIPEDIA. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Crian%C3%A7a_e_do_Adolescente>. Acesso em: 28 mar. 2009.

pois, o Estatuto da Criança e do Adolescente são a expressão de um novo projeto político de nação e de País.

Mas o que representou de fato a adoção desse novo paradigma? Inaugurou-se no País uma forma completamente nova de se perceber a criança e o adolescente e que vem, ao longo dos anos, sendo assimilada pela sociedade e pelo Estado. Isso porque a realidade não se altera num único momento, ainda mais quando o que se propõe é uma profunda mudança cultural, o que certamente não se produz numa única geração. Tinha-se, até então, no Brasil, duas categorias distintas de crianças e adolescentes. Uma, a dos filhos socialmente incluídos e integrados, a que se denominava "crianças e adolescentes". A outra, a dos filhos dos pobres e excluídos, genericamente denominados "menores", que eram considerados crianças e adolescentes de segunda classe. A eles se destinava a antiga lei, baseada no direito penal do menor e na «doutrina da situação irregular.

Essa doutrina definia um tipo de tratamento e uma política de atendimento que variavam do assistencialismo à total segregação e onde, via de regra, os "menores" eram simples objetos da tutela do Estado, sob o arbítrio inquestionável da autoridade judicial. Essa política fomentou a criação e a proliferação de grandes abrigos e internatos, onde ocorriam toda a sorte de violações dos direitos humanos. Uma estrutura verdadeiramente monstruosa, que logrou cristalizar uma cultura institucional perversa cuja herança ainda hoje se faz presente e que temos dificuldade em debelar completamente.

Outros importantes preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que marcam a ruptura com o velho paradigma da situação irregular são: a prioridade do direito à convivência familiar e comunitária e, conseqüentemente, o fim da política de abrigamento indiscriminado; a priorização das medidas de proteção sobre as socioeducativas, deixando-se de focalizar a política da infância nos abandonados e delinqüentes; a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento; a garantia de devido processo legal e da defesa ao adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional ; e a municipalização do atendimento; só para citar algumas das alterações mais relevantes.

Outra conseqüência dos avanços trazidos pela Constituição da República (1988), pela Convenção sobre dos Direitos da Criança (1989) e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e, no âmbito local, também pela Lei Orgânica do Distrito Federal (1993) é a substituição do termo «menor» por "criança" e "adolescente". Isso porque a palavra menor traz uma idéia de uma pessoa que não possui direitos.

Assim, apesar de o termo "menor" ser normalmente utilizado como abreviação de "menor de idade", foi banido do vocabulário de quem defende os direitos da infância, pois remete à "doutrina da situação irregular" ou do "direito penal do menor", ambas superadas.

Além disso, possui carga discriminatória negativa por quase sempre se referir apenas a crianças e adolescentes autores de ato infracional ou em situação de ameaça ou violação de direitos. Os termos adequados são criança, adolescente, menino, menina,

jovem.

O conceito de criança adotado pela Organização das Nações Unidas abrange o conceito brasileiro de criança e adolescente. Na Convenção Sobre os Direitos da Criança, "entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes".[82]

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade" (art. 2°). Dessa forma, os efeitos pretendidos, relativamente à proteção da criança no âmbito internacional, são idênticos aos alcançados com o Estatuto brasileiro.

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, com esta redação:

> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Se antes dessa modificação não era exigido quorum especial de aprovação, os tratados já incorporados ao ordenamento jurídico nacional anteriormente à Emenda 45, em razão dos princípios da continuidade do ordenamento jurídico e da recepção, são recepcionados pela Emenda 45 com status de emenda constitucional.

A primeira diferenciação advinda do Estatuto foi a conceituação de criança (aquela até 12 anos incompletos) e adolescente (de 12 a 18 anos), e o tratamento diferenciado para ambos.O Estatuto criou mecanismos de proteção nas áreas de educação, saúde, trabalho e assistência social. Ficou estabelecido o fim da aplicação de punições para adolescentes, tratados com medidas de proteção em caso de desvio de conduta e com medidas socioeducativas em caso de cometimento de atos infracionais.

4.2 A DOUTRINA PENAL DO MENOR E A DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR:

Existem 3 (três) doutrinas que definem os parâmetros legais para o direito do menor. Tais doutrinas refletem valores que repercutirão na órbita jurídica. São elas: a doutrina do direito penal do menor, a doutrina da proteção integral e a doutrina da situação irregular. Orientando a elaboração do ordenamento jurídico menorista, a doutrina adotada definirá qual a posição destinada às crianças e aos adolescentes pela sociedade.[83]

---

82 Art. 1º. BRASIL. Poder Executivo. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990: promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, s. I, p. 22256, 22 nov. 1990.

83 SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **Poder judiciário e rede de atendimento**. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/extranet/visao/sigecon/html/uploads/html_proprio/html_7621/material/doutrina/ECA%20e%20novo%20Direito.htm>. Acesso em: 18 abr. 2009.

> Partindo dos direitos das crianças, reconhecidos pela ONU, a lei assegurava a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, educação, recreação, profissionalização, etc.

A **doutrina do direito penal do menor**, similarmente ao que ocorre no direito penal, propõe que o direito se interesse pelo menor "somente a partir do momento em que este pratique um ato de delinqüência".[84]

A **doutrina da situação irregular** se coloca como intermediária entre as doutrinas da proteção integral e do direito penal do menor. Por um lado, não garante direitos universais ao menor, o que significaria tornar os menores sujeitos de direitos, diferenciando-se assim da doutrina da proteção integral. Por outro lado, a doutrina da situação irregular se diferencia da doutrina penal do menor, pois, não se "preocupa" com o menor apenas quando esse é delinqüente, isto é, quando comete um ato tipificado como crime. Daí viria o caráter intermediário da doutrina da situação irregular. Segundo os seus defensores, não apenas em casos de delinqüência, mas também, em casos que poderiam levar a delinqüência, tal como, a carência financeira, moral e jurídica do menor encontrariam amparo na ordem jurídica.[85]

A **doutrina da proteção integral** concebe a criança como um ser dotado de direitos que precisam ser concretizados. É assim que uma nova Justiça e um novo Direito são apresentados com base na doutrina da “Proteção Integral”.

A explanação inclui crítica ao antigo modelo e à doutrina da “situação irregular”, enfatizando o papel de cada um dos integrantes do sistema: Juiz, Promotor, Advogado, Autoridade Policial e Técnicos.

O Direito das Crianças e dos Adolescentes, como os demais, está preso aos princípios, às normas, às regras da ciência jurídica.

A Justiça da Infância e da Juventude, seus integrantes, o sistema, estão jungidos ao Direito Judiciário.

O processo surge como elemento de garantia e segurança da liberdade jurídica, dos direitos de crianças e adolescentes, cujo sistema de justiça, como os demais, busca a prevenção e a composição dos litígios.

Com o surgimento da Carta Política de 88 apareceu no país um novo direito, o Direito da Criança e do Adolescente, evolução natural do chamado Direito do Menor. É que o artigo 227 reuniu e sintetizou os principais postulados da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância.[86]

---

84 BRASIL. Senado Federal. **Código de menores**. Lei nº 6.697/79: comparações, anotações, histórico. Brasília, 1982. p. 85.

85 SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>. Acesso em: 18 maio 2009.

86 SILVA, 2009.

Em julho de 1990, o artigo 227 da Carta Política foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em 14 de setembro de 1990, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada (Decreto Legislativo nº 28). Tais fatos despertaram redobrado interesse a respeito das fontes das novas disposições.

A mudança no panorama legislativo foi radical. Passou-se da chamada Doutrina da Situação Irregular do Menor para a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente; a criança pobre deixou de freqüentar o sistema policial e judiciário para ser encaminhada com os pais à instância político-administrativa local, os Conselhos Tutelares. Desapareceu a figura do Juiz de Menores, que tratava da situação irregular do menor, para surgir o Juiz de Direito que julga da situação irregular da família, da sociedade ou do Estado, podendo, decidir, inclusive, a respeito da eficácia de políticas públicas básicas, condenando o Estado a propiciar medidas de apoio, auxílio e orientação à criança, ao adolescente e à família.[87]

A nova doutrina evoluiu "da situação irregular do menor" para a situação irregular da família, da sociedade e do Estado, preconizando novas medidas, também para os responsáveis ativos da situação irregular.

O novo modelo consagra: prevenção primária, multissetorial, assegurando direitos fundamentais como saúde, educação, esporte, lazer, profissionalização, etc., inclusive através de ações civis públicas; prevenção secundária, pelos Conselhos Tutelares com medidas protetivas e assistência educativa à família; prevenção terciária, através de medidas sócio-educativas, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e privação de liberdade em estabelecimento educacional.

A nova doutrina do Estatuto deixa claro o caráter responsabilizante das medidas sócio-educativas, caracterizadas pela predominância da proposta pedagógica, que não oculta a existência do conflito; do dano; da necessidade da reparação e da imprescindível resposta, adequada e justa, à delinqüência juvenil.

O novo sistema participativo, descentralizado, confere às crianças e jovens, o *status* de sujeitos de direito; a cidadania, portanto, direitos e deveres.

O descumprimento por parte da família, ou do Estado, do direito objetivo (normas estatutárias da proteção integral) cria para a criança ou adolescente o direito subjetivo de invocar a aplicação coercitiva da norma, o que só pode ser feito jurisdicionalmente. Isto não quer dizer que a jurisdição, por ser também tutelar, deixe de ser jurisdição. É especializada, mas é jurisdição. Participa da "justiça ordinária".O Juiz da Infância e da Juventude é o Juiz de Direito que exerce essa função na forma da lei de organização judiciária local.

Compete à União legislar sobre processo (Carta 88, art. 22, I), cabendo aos Estados dispor sobre organização judiciária (art. I25, § 1º).

---

87 SILVA, 2009.

A União estabelece normas processuais, disciplinando a forma de desenvolvimento da prestação jurisdicional. O Estado organiza sistema de justiça, criando tribunais, juízes e serviços auxiliares.

A organização judiciária é sempre dependente, subordinada, regulamentadora dos órgãos necessários à prestação jurisdicional.

O Estatuto regulamenta a proteção integral preconizada no artigo 227 da Carta Republicana, explicitando os direitos de crianças e adolescentes e a forma da realização coercitiva desses direitos por meio do processo judiciário (competência da União).

Crianças e jovens precisam ser conscientizados de que, se o sistema, de um lado garante os seus direitos, de outro, estabelece responsabilidades.

É preciso que a criança, desde cedo, se conscientize da dignidade de ser responsável.

Os atores do sistema têm de se conscientizar das mudanças surgidas com a nova Doutrina da Proteção Integral que inspirou o Estatuto e que o modelo, além de garantista, é responsabilizante.

A criança e o adolescente não podem ser encarados como meros objetos de proteção, “menores”, “incapazes”, mas como verdadeiros “sujeitos de direito”.

A grande violência que ainda se comete contra eles, é a interpretação do Estatuto a partir dos princípios da chamada “Doutrina da Situação Irregular”, no qual, pela “patologia social”, juízes aplicavam “medidas terapêuticas” baseadas na “regra de ouro” do Direito do Menor, o “melhor interesse” - mito conveniente que legitimou arbítrio e freqüentes injustiças.

Entende-se, genericamente, por medidas de proteção, as decorrentes do Estatuto, aplicadas no interesse da criança e do adolescente, mesmo que aos pais, responsáveis ou terceiros.

As medidas específicas, dirigidas exclusivamente à criança e ao adolescente, vêm no capítulo II do título II do Estatuto e são as seguintes:

> Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade; colocação em família substituta.

Tais medidas não podem ser aplicadas sem que se observe o respectivo processo. Só há intervenção judicial por meio da jurisdição voluntária ou contenciosa.

Não havendo conflito instalado ou conflito a prevenir, não há atuação

jurisdicional.Se a criança, o adolescente, os pais ou responsáveis aceitam a proteção da assistência social, se não há resistência ao cumprimento dos deveres pela família, sociedade ou Estado, mas exercício do pátrio poder, a questão não é judicial, litigiosa; é de assistência e a medida de proteção cabe à autoridade administrativa, o Conselho Tutelar, conforme os artigos 131 a 137 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A nova Doutrina Jurídica da Proteção Integral preconiza que crianças e adolescentes são sujeitos especiais de direito. Gozam de todos os direitos fundamentais e sociais, principalmente de proteção, decorrência de se encontrarem em fase de desenvolvimento.

Para tornar efetivos os direitos individuais, difusos ou coletivos, principalmente à saúde, à educação, à recreação, à profissionalização, à integração sócio-familiar, inclusive contra o Estado, as novas legislações baseadas na Doutrina da Proteção Integral vêm introduzindo modernas ações judiciais, por exemplo: ações civis públicas.

O Juiz não julgava o "menor", "definia a situação irregular", aplicando "medidas terapêuticas".O Ministério Público, inclusive quando pleiteava "internação" como resposta pela prática de atos delinqüenciais, rotulados de "desvios de conduta", de atos anti-sociais, etc., estava "defendendo o menor".Para estar conforme a Doutrina da Proteção Integral, o Sistema de Justiça precisa banir o "modelo tutelar", que propiciava decisões simplistas e autoritárias, onde operadores, abandonando princípios garantistas do Direito, baseavam-se fundamentalmente num suposto "superior interesse do menor".

O novo sistema é limitado pelo Estado Democrático de Direito, onde as decisões judiciais para terem validade carecem do pressuposto da fundamentação, e os operadores têm papéis definidos, como o Juiz que julga de acordo com a Hermenêutica Jurídica; o Ministério Público, o titular das ações de pretensão sócio-educativa e das ações necessárias à defesa dos interesses da sociedade e dos incapazes; o fiscal do fiel cumprimento das leis; o Advogado, o representante dos interesses da criança e do adolescente, defensor de direitos, atua, como os demais, no devido processo legal.

4.3 A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS: Criança e adolescente exigem a atenção devida do Estado brasileiro, iniciando pela proteção dos seus direitos, e a garantia do seu cumprimento, conforme previsão constitucional, pois são direitos fundamentais, direitos humanos. Isto, considerando-se a realidade de número expressivo de crianças e adolescentes em situação de risco, com o futuro comprometido, por não terem no momento presente o acesso a uma vida digna.[88]

O princípio da dignidade da pessoa humana aqui se explicita na discriminação dos direitos a serem garantidos com prioridade à criança e ao adolescente, e o seu exercício revela a satisfação da proteção integral à qual se resumem. Qualquer descumpri-

88 SANTOS, Eliane Araque dos. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007. Disponível em: <revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/56/78>. Acesso em: 17 jul. 2008.

mento desses direitos, omissão ou falhas na sua implementação revela o descumprimento de direitos fundamentais. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, escreve Ingo Wolfang Sarlet:

> Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1o., inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 - a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.[89]

Ainda nesse contexto, cita o mesmo autor:

> Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade.[90]

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como deflui do dispositivo constitucional antes mencionado, implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de sua garantia, à medida que a prioridade nessa proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais. A compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o respeito às suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.[91]

Importante ressaltar que a Convenção, em seu preâmbulo, reporta-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou como princípio basilar que todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião positiva ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família assim como também se refere aos tratados de direitos humanos que dispõem sobre a necessidade de proporcionar à criança uma proteção es-

---

89 SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.

90 SARLET, 2006-2007, p. 47.

91 SANTOS, 2006-2007.

pecial, entre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também ratificados pelo Brasil.[92]

A mesma Convenção, ainda em seu preâmbulo, diz que:

> A família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade e reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.Nessas condições, o apoio à família é condição básica para que se efetive a proteção integral.

O direito à vida, é primeiro entre os direitos constantes do referido art. 227, que se sobressai e que contém todos os demais, porque expressa todos os aspectos a serem observados para que a proteção integral se efetive, proporcionando crescimento e realização constantes como pessoa. Para que ele se concretize, todos os demais devem estar garantidos, tendo, sem dúvida, a família como base realizadora.

Como escreve Antônio F. do Amaral e Silva, esse novo direito:

> Caracterizado pela coercibilidade, passa garantir às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições e dignidade (Estatuto, artigo 3º).[93]

Sob essa nova perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente é sancionado em 13 de julho de 1990, tornando-se a lei 8.069 que entraria em vigor em 12 de outubro do mesmo ano.Saliente-se que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 está inserido dentro da própria denominação dada à época de sua promulgação, a saber, "Constituição Cidadã". O artigo 227 da C. F. e o próprio ECA corporificam o desejo de assegurar dignidade às crianças e aos adolescentes brasileiros. O ECA é assim promulgado para propiciar "reais condições para que os direitos consagrados na Carta Magna pudessem ser concretizados".[94]

Considerados agora sujeitos de direitos, crianças e adolescentes deixam de ser objetos passíveis de tutela da família, do Estado e da sociedade, [95]ou seja, passam da condição de objetos de direito [96] para a de sujeitos que possuem direitos. Ser sujeito de

---

92 *Ibid.*. p 130

93 SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **O estatuto, novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude**. Disponível em: <www.direitoejustiça.com>. Acesso em: 20 abr. 2008.

94 SEGUNDO, 2002, p. 36.

95 NOVAIS, Liliane Capilé Charbel. João Pessoa: UFPB, 1996. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Departamento de Serviço Social, Universidade Federal do Mato Grosso, 1996. Item 4.

96 ALLYRIO 1978 *apud* BRASIL, 1982, p. 80.

direito implica possuir direitos e ter proteção da ordem jurídica, caso eles não sejam efetivados; ser objeto de direito implica na situação de alguém ter o direito sobre alguma coisa ou alguém.

É o fato de tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos que diferencia fundamentalmente o ECA do Código de Menores de 1979, criando-se a possibilidade de crianças e adolescentes terem acesso aos meios de defesa dos seus direitos, principalmente da liberdade, do respeito e da dignidade, bem como à responsabilização daqueles que porventura venham a ofende-los.[97]Tornar crianças e adolescentes sujeitos de direitos parece ser a principal característica da doutrina da proteção integral.[98]

Preceituando direitos, o ECA amplia a sua abrangência a todas as crianças e adolescentes sendo que as medidas ali previstas exigem uma prestação positiva do Estado, da família e da sociedade independente de qualquer condição, diferentemente, o Código de Menores possui abrangência restrita e suas medidas não obrigam o Estado e a sociedade justamente por englobar apenas os menores em situação irregular. Sujeitos de direitos são assim todas crianças e adolescentes independentemente de qualquer condição ou adequação.

Essa nova condição jurídica a que foram alçadas as crianças e os adolescentes coloca-os em posição de igualdade em relação aos adultos. Agora, ambos são vistos como pessoa humana, possuindo direitos subjetivos que podem ser exigidos judicialmente. É o que se estabelece expressamente no artigo 3º do ECA:

> 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 dignidade.

Tal dispositivo elevou definitivamente a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos (*gozam de todos os direitos fundamentais*), estabelecendo a finalidade a ser alcançada: *assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.* Desfruta a infância e a juventude de uma finalidade especial na medida em que são sujeitos de direitos que devem ter assegurados pleno desenvolvimento.

Tais direitos devem ser assegurados solidariamente pela família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público conforme a previsão inovadora constante do art. 4º da referida lei:

---

97 SAMPAIO, José C. de Oliveira. Infância e juventude: o princípio da prioridade absoluta e a colocação em família substituta no ECA: os limites etários da guarda. **Revista Direito e Paz**, São Paulo, n. 2, p. 35-50, 2000. p. 35.

98 SILVA, Roberto da. **Direito do menor x direito da criança**. Disponível em: <www.direitoejustiça.com>. Acesso em: 15 set. 2008.

> 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.

Essa obrigação comum entre os pais, à sociedade e o Estado para com a infância e a juventude deve ser cumprida com primazia absoluta, conforme a expressão *com absoluta prioridade.*

Considerar a criança e o adolescente sujeitos de direitos, garantia constitucional prevista no artigo 227 da C.F. e no próprio ECA, significa assim assegurar prioritariamente a efetivação de políticas públicas que estimulem positivamente o seu desenvolvimento e os ponha a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Neste novo olhar que se lança sobre a infância e a adolescência, é de fundamental importância o papel dos Conselhos de Direitos pois, ao terem entre suas atribuições , a definição e o controle das políticas e das ações de atenção à criança a ao adolescente, assumem também a responsabilidade de não permitir o retrocesso de se voltar a reduzir crianças e adolescentes a objetos de troca, "menorizando-os" e atentando contra as suas cidadanias.[99]

Uma vez que nos conscientizemos que pessoa alguma, seja criança, adolescente, adulto ou ancião deve IGUAL respeito à lei, à Constituição e ao próximo, na exata medida em que como cidadão deve ser por todos, independentemente de sua idade, raça, credo, religião ou posição social, respeitado, finalmente compreenderemos o verdadeiro sentido e finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, que não foi outro senão garantir a nossos infantes e jovens o acesso à CIDADANIA preoconizada por nossa Constituição Federal, que durante tantos anos a eles foi negada.[100]

5 CONCLUSÃO: A criança, ao longo da história, esteve exposta a inúmeras situações de violência. A Lei autorizava a prática de várias formas de violência, sem qualquer preocupação com as consequências que tais atos pudessem causar ao desenvolvimento da criança. Durante muito tempo, a criança foi desconsiderada uma pessoa em desenvolvimento, merecedora de cuidados e de proteção especiais durante o período de formação.

A violência sexual intrafamiliar se constitui num fenômeno de difícil compreensão e abordagem, pois necessita uma maior capacitação de profissionais do serviço social, da saúde, da educação e dos integrantes do sistema de justiça, buscando o melhor pelo inte-

---

99 ABBUD, Kátia Carvalho. **Assistente social e pedagoga, especializada em violência doméstica**. Disponível em: <http://pcdec.sites.uol.com.br/sujeitodedireitos.htm>. Acesso em: 18 abr. 2009.

100 DIGIACOMO, Murillo José. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos x deveres. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_-_direitos_x_ deveres.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2009.

resse da criança.

A trajetória é longa e o empenho na construção de modelos assertivos é grande, aliados a uma rede de profissionais e agentes solidários que acreditam na ética e dignidade como características principais que farão a nova história. Falta apenas vontade política de fazer com que a *prioridade absoluta* garantida às crianças e adolescentes deixe de ser letra morta na nossa Carta Cidadã e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Um mundo para as crianças é aquele onde todas as crianças adquirem a melhor base possível para sua vida futura, têm acesso ao ensino básico de qualidade, incluída a educação primária obrigatória e gratuita para todos. É aquele onde todas as crianças e adolescentes desfrutam várias oportunidades para desenvolver sua capacidade individual em um meio seguro e propício. Promoveremos, como parte das prioridades global e nacional, o desenvolvimento físico, psicológico, espiritual, social, emocional, cognitivo e cultural das crianças.

A família é a unidade básica da sociedade e, como tal, deve ser reforçada. A família tem direito a receber proteção e apoio completos. A proteção, a educação e o desenvolvimento da criança são, em princípio, responsabilidade da família. Todas as instituições da sociedade devem respeitar os direitos das crianças, assegurar seu bem-estar e dar assistência apropriada aos pais, às famílias, aos tutores legais e às demais pessoas encarregadas do cuidado com as crianças para que possam crescer e se desenvolver em um meio seguro e estável e em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, tendo em mente que em diferentes sistemas culturais, sociais e políticos existem várias formas de família.

A dificuldade de lidar com a frustração gera conflitos internos que fazem com que o homem, em vez de distribuir afeto, passe a subjugar e maltratar aqueles que estão sob seu poder.

A criança não consegue compreender o que está acontecendo e, via de regra, acaba acreditando que sofre abusos por que merece ou porque esta é a unica forma que os adultos tem de com ela se relacionarem. Compreendemos melhor este fato quando esta violencia é praticada pelos pais ou responsáveis. A criança introjeta a violência como prática cotidiana, entendendo como uma forma normal de relacionamento.

O afeto, como fator preponderante nas relações sociais e, especialmente nas relações familiares, torna-se objetivo principal do ser humano. O homem sempre teve em busca de amare ser amado, realizando-se através de seus semelhantes e que em muitas vezes essa busca é frustrada por vissitudes enfrentadas no dia-a-dia.

A sociedade brasileira precisa criar a cultura dos sujeitos de direitos. Ao tratar de leis e políticas de proteção e promoção das crianças e adolescentes, a sociedade quer tratar de qualquer criança e adolescente, independentemente da situação econômica. A criança e o adolescente devem ser prioridade absoluta no orçamento das políticas públicas.

A Constituição Federal instituiu um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de criança e adolescentes, que tem como características básicas: conferir um gama maior de direitos fundamentais a crianças e adolescente, contemplando direitos fundamentais exclusivos desses sujeitos especiais; conformar estruturalmente os direitos fundamentais desses cidadãos especiais de modo a gerarem obrigações eminentemente comissivas aos obrigados; quais sejam os adultos, representados no trinômio Família- Sociedade- Estado, referido no caput do art. 227 da CF, a eles impondo o dever de assegurамento prioritário de todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do adolescente, com a instutuição di Conselho Tutelar e com o elenco de medidas preventivas e repressivas, também é instrumento fundamental no combate à violência intrafamiliar. Desde a guarda e a tutela, até a destituição do poder familiar e a colocação da criança em família substituta, visam a preservação dos interesses da criana no caso concreto.

Essa suspensão do poder familiar não é definitiva, pressupondo um período de afastamento em que a situação negativa deverá ser contornada, em prol dos interesses da criança, de forma a possibilitar o retorno ao convívio familiar de maneira harmônica e sem riscos, mas, em caso de suspenso o poder familiar, a criança será colocada em familia sustituta, na modalidade de guarda ou tutela. Já, com a destituição do poder familiar, no caso se o pai ou a mae castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, procede-se a ação de destituição do poder familiar, e então a criança será colocada em familia substituta, na modalidade de guarda, tutela ou adoção.

Se os pais ou responsáveis entenderem que a educação dos filhos deve ser centrada no afeto e o ser humano compreender que somente através deste conquistará o respeito pelos seus semelhantes, saberá conviver em sociedade, diminuindo com isso, a incidência de maus - tratos infantis até superar outros problemas graves de ordem social, como a discriminação racial e, até mesmo a miséria.

O ECA trouxe critérios, orientações e limites. Apresentou normas para que se impeça a participação de crianças e adolescentes em responsabilidades e atividades, muitas vezes impróprias até para adultos, para que fiquem definitivamente disponíveis a atividades formativas, para o lúdico e à cultura. Mesmo assim, deparamo-nos com realidades assustadoramente pobres e uma cultura que ainda considera melhor trabalhar do que ficar na rua. Mal sabem esses que assim pensam que o seqüestro da infância não tem resgate. O tempo não pára, como diz Cazuza, e com ele a vida transcorre sem retorno.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Kátia Carvalho. **Assistente social e pedagoga, especializada em violência doméstica**. Disponível em: <http://pcdec.sites.uol.com.br/sujeitodedireitos.htm>. Acesso em: 18 abr. 2009.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art.1636 do CC/2002. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ARRUDA, Marina Patricio de; KOCOUREK, Sheila. **O conselho municipal de direitos da criança e do adolescente como espaço da construção de cidadania**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/3939/3203>. Acesso em: 28 mar. 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar**: é possivel proteger a criança. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, GUERRA, 1989 *apud* NEUMANN, Marcelo Moreira. **O que é violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Nov. 2000. Disponível em: <http://www.cedeca.org.br/PDF/violencia_domestica_marcelo_neumman.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito de família**: curso preparatório para concurso, 2003. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990: promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, s. I, p. 22256, 22 nov. 1990.

_____. Senado Federal. **Código de menores**. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o código de menores. Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/legislacao_geral/leg_geral_federal/LEI_6697_79.HTM>. Acesso em: 19 out. 2008.

_____. Senado Federal. **Código de menores**. Lei nº 6.697/79: comparações, anotações, histórico. Brasília, 1982.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. Senado Federal. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Brasília, 1927. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=191978>. Acesso em: 19 out. 2008.

_____. Senado Federal. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n° 8.069/2000. Brasília, 2000.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Violência simbólica e organizações familiares. *In*: FÉRES-CARNEIRO, T. (Org.). **Família e casal**: efeitos da contemporaneidade. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2005. p. 266-77. Disponível em: <http://www.ceccarelli.psc.br/ artigos/portugues/html/viol_org_fam.htm>. Acesso em: 19 set. 2008.

CENTRO REGIONAL DE ATENÇÃO AOS MAUS TRATOS NA INFÂNCIA (CRAMI). 2009. Disponível em: <http://www.crami.org.br/violencia.asp>. Acesso em: 25 jan. 2009.

CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquerir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Dionísio Leite da. **Notas sobre o direito da criança**. Ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626&p=2>. Acesso em: 12 dez. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais - Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007.

DIGIACOMO, Murillo José. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: direitos x deveres. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_-_direitos_x_deveres.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. (Direito de família, v. 5).

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A família e o novo código civil**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewPDFInterstitial/30051/29463>. Acesso em: 18 mar. 2009.

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

FALEIROS, Eva T Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e de adolescentes**. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_repensando_ os_conceitos_eva_publicacoes.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós-modernidade**: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. 2004. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9farias.htm>. Acesso em: 12 mar. 2009.

FIÚZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O código civil e o novo direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GABEL, Marceline. **Crianças vítimas de abuso sexual**. 2. ed. São Paulo: Summus, 1997.

GAMA, Rafael Nogueira da. Considerações sobre o poder familiar e sua destituição. **Revista** Consultor Jurídico, 24 set. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/59812,1>. Acesso em: 19 nov. 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto.**Principais Inovações no código civil de 2002**: breves comentários. São paulo: Saraiva, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e eticidade familiar constitucionalizada**. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. A família na travessia do milênio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2000.

_____. A repersonalização das relações de família. *In*: _____. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Do poder familiar**. Mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em: 27 set. 2008.

LORENZI, Gisella Werneck. Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. *In*: PRÓMENINO. **História dos direitos da infância**. 11 dez. 2007. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>. Acesso em: 24 dez. 2008.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de família**. Leme: LED, 2002.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente**: novidade utópica ou realidade esquecida. Disponível em: <http://www.ambito juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2257>. Acesso em: 15 nov. 2008.

MONTAIGNE. Apologia de Raymond Sebond. *In*: _____. **Os ensaios**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro 2..

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de familia. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOTA, Silvia. Lei das doze tábuas. *In*: CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA. **Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito**. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/leis/LeiXIITabuas.htm>. Acesso em: 28 dez. 2008.

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

NOVAIS, Liliane Capilé Charbel. João Pessoa: UFPB, 1996. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Departamento de Serviço Social, Universidade Federal do Mato Grosso,

1996.
OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.
OLIVEIRA, José Lamartine C. de; FERREIRA, Francisco J. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (Direito de família, v. 5).
_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. (Direito de família, v. 5).
PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
PEREIRA, Sergio Gischikow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
RANGEL, Patrícia C.; CRISTO, Keley K. Vago. **Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1099220789>. Acesso em: 25 mar. 2009.
RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Infância e juventude**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em: 10 mar. 2009.
RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei n° 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
RODRIGUES, Silvio.**Direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.(Direito de família, v. 6).
SAMPAIO, José C. de Oliveira. Infância e juventude: o princípio da prioridade absoluta e a colocação em família substituta no ECA: os limites etários da guarda. **Revista Direito e Paz**, São Paulo, n. 2, p. 35-50, 2000.
SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.
SANTOS, Benedito Rodrigues dos. 18 anos de ECA: a inclusão de crianças e adolescentes no estado de direitos brasileiro. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 152-4, abr./set. 2007. Disponível em: <revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/ article/view/98/102>. Acesso em: 25 mar. 2009.
SANTOS, Eliane Araque dos. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007. Disponível em: <revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/56/78>. Acesso em: 17 jul. 2008.
SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 3626>. Acesso em: 18 maio 2009.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. Disponível em: <http://www.amc.org.br/novo_site/esmesc/arquivos/Acriancaeoadolescenteemconflitocomalei.doc>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **O estatuto, novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude**. Disponível em: <www.direitoejustiça.com>. Acesso em: 20 abr. 2008.

_____. **Poder judiciário e rede de atendimento**. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/extranet/visao/sigecon/html/uploads/html_proprio/html_7621/material/doutrina/ECA%20e%20novo%20Direito.htm>. Acesso em: 18 abr. 2009.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Roberto da. **Direito do menor x direito da criança**. Disponível em: <www.direitoejustiça.com>. Acesso em: 15 set. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Direito de família, v. 6).

_____. **Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Direito de família, v. 6).

VERAS Neto, Francisco Quintanilha. **História social da criança e da família**. Disponível em: <www.direitoejustiça.com>. Acesso em: 20 maio 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILLELA, João Baptista. **A nova família**: problemas e perspectivas. Organização de Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de doutrina sobre direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

WIKIPEDIA. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Crian%C3%A7a_e_do_Adolescente>. Acesso em: 28 mar. 2009.