

A LIMITAÇÃO DO PODER FAMILIAR NO USO DE MEDIDAS CORRETIVAS

*** MARIA EMILIA ALMEIDA SOUZA**

Especialista em Direito Público. Advogada de Família e Sucessões. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga, FADIPA e da Faculdade PITÁGORAS de Ipatinga. Coordenadora do programa Para Sempre FADIPA, voltado para os egressos da FADIPA.

**** LUIZ ANTONIO DA SILVA**

Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e em Filosofia pelo Centro de Estudos da Arquidiocese de Ribeirão Preto. Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Doutor em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga e professor do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais.

*****CIBELLE ANICIO HARA**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga – FADIPA/MG

RESUMO

A lei n.13.010 de 26 de Junho de 2014 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente proibindo o uso de castigos físicos e de tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina e educação de crianças e adolescentes, gerou discussões nos meios sociais e na mídia sobre os limites da intervenção do Estado na vida privada, principalmente no âmbito familiar no que diz respeito ao exercício do poder familiar. O presente estudo tem por objetivo uma análise simplificada do real efeito da Lei Menino Bernardo, sua interferência no poder familiar, bem como sua eventual aplicabilidade e constitucionalidade com enfoque nos princípios constitucionais. A pesquisa utilizada foi bibliográfica, qualitativa e utilizou a técnica de documentação indireta. Formalmente, o Brasil está bem estruturado no que se refere às leis que protegem os menores contra maus tratos por parte daqueles que os devem educar, porém, contudo estas não têm eficácia social, apenas jurídica.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Intervenção Estatal. Lei Menino Bernardo. Poder familiar.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se realizar uma análise simplificada do real efeito da Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, popularmente chamada “Lei da Palmada” e sua interferência no poder familiar, bem como sua eventual aplicabilidade.

A Lei nº 13.010, que estabelece o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, ficou conhecida como “Lei Menino Bernardo”, como forma de singular

homenagem a Bernardo Boldrini, menino de 11 anos assassinado de forma vil por seus familiares no Rio Grande do Sul.

É necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuem aos pais, à sociedade e ao Estado o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes.

O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores". O poder familiar nada mais é do que um conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre os pais e a sua prole, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos.

Importante salientar que o poder familiar não pode ser alienado, renunciado, delegado ou substabelecido, pois é *múnus* público, possui ainda como característica a imprescritibilidade com a tutela, demonstrando claramente os direitos e deveres dos genitores, diretamente ligados ao Estatuto da Criança e do Adolescente e a proteção integral prestada pelo Estado.

A criação da Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014 colocou em pauta uma questão que há muito tempo foi deixada de lado. Entretanto, existem grandes controvérsias sobre a constitucionalidade de tal lei, bem como se a realidade social brasileira está pronta para se adaptar a tal norma.

A Lei 13.010/2014 ao colocar em cheque toda a posição educacional das famílias brasileiras, no que diz respeito à intervenção do Estado nas relações familiares, bem como o choque do poder familiar exercido pelos genitores/responsáveis legais fez com que a população se dividisse em dois grandes grupos: aqueles que eram favoráveis e aqueles que eram contra a criação da norma.

O interesse prioritário das pessoas que se posicionam a favor da Lei Menino Bernardo é a proteção à criança, pouco importando os traços culturais dos grupos familiares e seus interesses particulares. Sendo preferível ter legislação pertinente tratando de tal temática e não precisar usá-la do que arcar com as consequências da ignorância por parte do Estado.

O argumento utilizado pelas pessoas que se posicionaram contra a Lei Menino Bernardo é que em nosso ordenamento existem inúmeras normas que versam sobre a proteção à integridade física das crianças e adolescentes, e a Lei Menino Bernardo não forneceu qualquer efeito novo ao que já existia, trazendo apenas consequências sociais por meio do choque com a informação de que os pais não mais poderiam aplicar castigos físicos em seus filhos.

Diante de tão amplo tema, torna-se necessário, ainda, a contemplação dentro de outras áreas além do Direito propriamente dito, tornando-se imperiosa a análise dentro da realidade sociológica brasileira, bem como os efeitos no psicológico das crianças e familiares.

O tema é recente e, portanto, as pesquisas terão como foco todos os meios de informação, tais como artigos, doutrina, livros, legislação atual e jurisprudências. O presente trabalho utilizará principalmente de pesquisa teórica bibliográfica, pois como mencionado, a problemática envolvendo a Lei 13.010 abarca diversas áreas – sociologia, psicologia, etc. – sendo necessária uma análise dinâmica e ampla para uma melhor compreensão do tema, não negligenciando a pesquisa documental, quanto mais pela ampla divulgação do tema e os inúmeros debates iniciados em todos os veículos de mídia.

O método utilizado foi o dedutivo-indutivo, a pesquisa traz a definição/conceito do tema, além da evolução histórica dele e os efeitos nas relações familiares. É analisada a constitucionalidade da presente lei com enfoque nos princípios constitucionais.

Fica demonstrado que é possível a intervenção do Estado na relação familiar em busca de manter o direito pleno e regular das crianças e adolescentes, tendo-se em vista que o foco das famílias e do Estado não é outro senão o desenvolvimento de um cidadão de bem introduzido com sucesso na sociedade, porém, há de se convir que a intervenção do Estado somente se deva dar quando a conduta for comprovadamente maléfica a tal situação.

2 O PODER FAMILIAR

O poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais.

Nos dizeres de Flávio Tartuce (2014, p. 437), “O poder familiar é conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da idéia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

2.1 Da legitimidade do Poder Familiar

A organização familiar é a base do Estado, sendo certo que como definição histórica fora a primeira forma de interação social e deu origem a todas as demais formas de interações sociais, perdurando firme até hoje, conforme artigos 227 e 229 da Carta Magna:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas (BRASIL, 2002).

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Os pais estão compelidos a garantir tais direitos a seus filhos e que a responsabilidade recai primordialmente sobre eles, mas não exclui a responsabilidade de toda a sociedade e do Estado, o que não garante o direito dos mesmos intervir diretamente em práticas que não influenciem negativamente a criança e/ou adolescente.

Neste sentido Maria Helena de Diniz expõe em sua obra:

1) Constitui um múnus público, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o direito familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria em uma posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo.

2) É irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele.

3) É inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso.

4) É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, somente podendo perde-lo nos casos previstos na lei.

5) É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo o pai ou a mãe não for suspenso ou destituído do poder familiar.

6) Conserva, ainda, natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência(CC, ART.1.634,VII) (DINIZ, 2014, p. 618-619).

2.2 Conceito de família e a nova organização familiar

Nos primórdios das interações sociais, a família era composta essencialmente pelos genitores e seus filhos consanguíneos, entretanto com o desenvolvimento da sociedade moderna, tal conceito não mais se enquadra como real.

Com o desgaste social e a marginalização – referindo-se a pessoas que estão à margem da boa convivência social – a manutenção de algumas crianças no convívio de suas famílias pode não ser o mais benéfico para o seu desenvolvimento.

Para a psicologia o conceito de “pais” está diretamente ligado às funções afetivas. Conveniente conceito, pois separa a funcionalidade de uma “mãe” – lavar, passar, cozinhar, etc. – abrangendo sua função afetivo/social, ou seja, não se enquadra dentro do conceito de família pais que negligenciem a afetividade para com seus filhos.

Diante dessa afirmação, o sistema patriarcal deixa de ter valor caso não atinja o objetivo linearmente traçado, qual seja a manutenção física e a criação da personalidade humana da criança e adolescente. Neste sentido é o posicionamento da psicóloga Ana Maria Lencarelli:

Toda criança precisa de mãe, mas nem sempre da sua mãe. Uma mulher pode até ser uma boa mãe operacional (limpar, alimentar e colocar no berço para dormir), e, no entanto, não conseguir ser uma mãe, saudavelmente, afetiva e cuidadosa. Exercer a função de mãe não é a mesma coisa que executar tarefas. [...] Exercer função de pai não se reduz a ser ou não ser apenas, em parte, provedor (LENCARELLI, 2009, p.168).

Percebe-se que pouco importa a configuração da organização familiar desde que o resultado seja atingido, qual seja a formação dos valores de um indivíduo dentro da sociedade.

Engana-se aquele que acha que tal debate abrange somente as relações familiares, pois os reflexos das alterações da forma de criação interferem diretamente no desenvolvimento futuro de toda a sociedade.

Todavia, o Estado implementou formas de nivelar o perfil dos jovens para cada fase de suas vidas. A escola e os padrões sociais aceitáveis para cada idade tornam o desenvolvimento dos infantes da responsabilidade do Estado no que concerne aos critérios do mesmo. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira, todo esse processo se dá através do ser em formação com a sociedade e com a família:

[...] é também na interação com o outro, na coexistência e na solidariedade, que a pessoa se realiza sob a perspectiva mais sublime. Parte-se da premissa de que ninguém nasce “pronto”. A pessoa constrói, no decorrer da vida, a sua identidade e personalidade. Enfim, ela vai-se edificando em um processo de autoconhecimento e da interação social. É a partir do relacionamento com o outro que ela se molda e, verdadeiramente, constitui-se, em todas as suas dimensões. E, por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora, esta seja concebida de forma singular, visto que compõe a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente através do olhar do outro (TEIXEIRA, 2005, p.70).

Desta forma, constata-se que a responsabilidade dos pais na criação e desenvolvimento dos filhos está diretamente mesclada com a responsabilidade do Estado, restando aos pais à responsabilidade exclusiva quanto à formação da personalidade dos jovens.

2.3 Autoridade Parental

Preponderantemente, visualiza-se a constante reavaliação dos conceitos referente à relação familiar e sua caracterização de responsabilidades. Diante das mudanças categóricas na interpretação e das responsabilidades de cada membro da organização familiar, tornou-se necessária a mudança na terminologia até então usada, passando então para “autoridade parental”.

Esse termo foi o que melhor se adequou a carga de responsabilidade dos pais ou responsáveis no desenvolvimento dos filhos, deixando claro que os deveres inerentes a tal condição são muitos e obrigatórios.

Neste sentido, apesar de não afetar em nada as relações familiares, interessante notar que a discussão por si demonstra a grande mudança no instituto. Assim discorre Caio Mário da Silva Pereira:

Tem sido frequente a nomenclatura "autoridade parental" por melhor refletir o conteúdo democrático da relação. Além de traduzir preponderantemente uma carga maior de deveres do que de poderes para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha uma estruturação psíquica adequada. Completa Ana Carolina Brochado Teixeira: "... O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir ideia de função, e ignorar a noção do poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade(SILVA, 2011, p. 449).

Resta sobremaneira exposto que os deveres dos pais para com os filhos são cruciais para e por isso obrigatório, não sendo faculdade ou passível de qualquer negligência.

3 PODER FAMILIAR x LEI MENINO BERNARDO

Aprioristicamente falando, o que causou inúmeras discussões sobre a Lei^o 13010/2014 foi à vedação de qualquer castigo físico enunciada no artigo 18-A deste diploma legal. Segue texto legal:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas sócioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los (BRASIL, 2014).

Tal artigo atinge diretamente toda a formulação familiar, pois, apesar das inúmeras mudanças na forma de criar seus filhos, grande parte das famílias do mundo ainda utiliza o castigo físico, como palmadas, para formar a personalidade de seus filhos. Seguindo essa corrente, o Código Civil em vigor define os deveres/direitos dos pais para com seus filhos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I- dirigir-lhes a criação e educação;
II- tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Constata-se, desta forma, a incoerência do artigo 18-A da Lei nº 13010/2014, uma vez que o interesse maior é o bem estar e a formação do caráter do infante o que nem sempre faz referência a “comodidade na criação dos mesmos”.

Releva notar a ausência de necessidade da criação de tal lei, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil já definem claramente os direitos e deveres dos pais para com a criança, tornando metódica a definição de poder familiar.

Por sua vez, o ECA foi criado com fim precípua de definir direitos e deveres na relação familiar, bem como as hipóteses em que a intervenção Estatal é necessária, sendo certo que em seu artigo 23, § 2º ele define como uma das formas de destituição do poder familiar é a condenação por crime doloso cometido contra a criança, ou seja, entende-se que a conduta tenha resultado em crime propriamente dito para que ocorra a perda do direito:

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

[...]

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha (BRASIL, 1990).

O procedimento para a perda do poder familiar é judicial e deve seguir o princípio constitucional do contraditório, como definem os artigos 24 do ECA, artigo 1635 e 1638 do CC:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.(BRASIL, 1990).

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

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 (BRASIL, 2002).

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

I - castigar imoderadamente o filho;

- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

Conforme mencionado no artigo 1638, I do CC, somente perde o poder familiar quem castigar “imoderadamente o filho”, ou seja, não se questiona se a criança foi castigada, mas sim se esse castigo foi além do que devia.

No que se refere a suspensão do poder familiar, novamente os motivos devem trazer grande prejuízo a formação da criança, assim preceitua o artigo 1.637 do CC:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

O poder familiar é absoluto no que se refere à formação e criação dos filhos. Entretanto a intervenção Estatal é possível nos casos em que a conduta dos pais exceder a moralmente definida socialmente.

4 LEI Nº 13.010/14 – ENFOQUE CONSTITUCIONAL E FUNCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 em seu art.226, § 7º informa que os pais têm o direito de realizar o planejamento familiar, ou seja, definir a forma de educação a ser usada nas relações familiares, até porque os conceitos e formas de educar estão diretamente ligados às raízes culturais e religiosas e o Brasil possui uma das maiores misturas culturais do mundo, sendo certo que cada cultura trás consigo grande bagagem educacional e disciplinar.

A Constituição Federal é a ponta da pirâmide jurídica, sendo evidente que quaisquer normas que confrontem diretamente a CF/88 são tidas como inconstitucionais e devem ser retiradas de nosso ordenamento.

4.1 Do Princípio da Proteção Integral

Dentre os princípios que sustentam a Lei nº 13.010/2014o princípio da proteção integral gera direitos à criança e ao adolescente, garantindo a paternidade responsável (Art. 226, § 7º), bem como a responsabilidade concorrente dos pais, do Estado e da sociedade (Art. 227).

Tal princípio ganhou amplitude, gerando uma teoria jurídica própria transdisciplinar. Nesse sentido, dispõe Ramidoff:

O desenvolvimento da teoria jurídico-protetiva reclama, pois, uma propedêutica de viés transdisciplinar que lhe seja específica e particularmente própria, mas, isto não significa isolamento, e, sim, possibilidade teórica e pragmática de autonomia e eliminação falsificacionista de tudo aquilo que ameace ou viole as condições mínimas de existência digna das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade: crianças e adolescentes (RAMIDOFF, 2007, p.83).

4.2 Do Princípio da Dignidade Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, visando proteger o ser humano de forma completa.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 1988).

Este princípio é amplo e universal, sendo interpretado como inerente a simples existência, independente de raça, sexo, nacionalidade, religião, posição social, etc. O direito advém primordialmente da existência de vida pensante e da necessidade de regular as complexas interações sociais de tais seres. Desta forma, interpreta-se a Dignidade Humana não como um “direito”, mas sim como um pré-requisito a existência de todo o conceito de direito, sendo certo que todo o ordenamento jurídico existente visa garantir a Dignidade Humana.

Tal princípio teve três concepções principais, quais sejam a Individualista, o Transpersonalismo e o Personalismo. Assim preleciona Paulo Lôbo:

[...] A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: " No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. " Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atividade que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto (LÔBO, 2010, p.53).

Neste prisma, vislumbra-se a interpretação de direitos individuais excepcionalmente exorbitando aos interesses individuais e às decisões particulares. Notadamente, tal conceito se encaixa perfeitamente a aplicação no disposto pela Lei 13.010/2014, onde, claramente, a intervenção do Estado é tida como essencial para o seguro desenvolvimento das crianças e adolescentes, conforme Sarlet:

Ao tratarmos crianças e adolescentes levando em consideração, não apenas a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, como também as más condições sociais, que vulnerabiliza grande número de famílias brasileiras e que lhes são particularmente danosas. 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)(SARLET, 2004, p.47).

Tal princípio possui caráter de proteção à pessoa humana como valor supremo, sendo certo que sua abrangência é ampla, pois protege tudo aquilo que é necessário ao ser humano e não só sua integridade, expandindo sua proteção ao meio ambiente, ao respeito às raças e opções sexuais, bem como ao trabalho, a família, etc. Neste sentido, nos traz a ilustre Maria Berenice Dias:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro

axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações provadas que se desenvolvem no seio da sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (DIAS, 2010, p. 62-63).

4.3 Do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância possui a finalidade de afastar/excluir a tipicidade penal, ou seja, torna o ato praticado que anteriormente era tido como crime em uma conduta solta e descriminante. A aplicação de tal princípio resulta na absolvição do réu ou, quando aplicado por analogia, na resolução da lide. Evidente que tal princípio possui restrições que garantem a devida aplicação da lei em casos mais graves e complexos, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido expõe Guilherme de Souza Nucci:

Com relação à insignificância, sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Há várias decisões de tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal (NUCCI, 2009, p.224).

Este surgiu através da necessidade de que o direito penal não se ocupe com questões que não produzam resultado necessário ao mundo jurídico, tanto por não terem causado lesão significativa a bens jurídicos relevantes, quanto em prol da resolução voluntária dos pequenos impasses oriundos da convivência social.

Neste prisma, por analogia, o princípio da insignificância limita a intervenção do Estado nas relações sociais a aquelas que realmente importem em grande dano e, portanto, necessitem da tutela jurisdicional. Certamente diante da mencionada Lei nº 13.010/2014 tal princípio nos remete a eventual falta de interesse do Estado em intervir nas relações familiares em razão de uma simples palmada.

O princípio da insignificância constitui, portanto, um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo,

reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente importante ao bem jurídico tutelado (QUEIROZ, 2011,p. 57).

4.4 Do Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

A proporcionalidade pode ser diretamente comparada com a balança que define o quanto de interferência do Estado nas relações sociais. Em suma, a proporcionalidade é um instrumento dosador e quantificador das medidas a serem aplicadas, o que ocorre, em momento posterior a ponderação de interesses, que é o momento de aplicação da razoabilidade.

Alguns doutrinadores defendem que a proporcionalidade equipara-se ao princípio da razoabilidade, pois ambos visam, no caso concreto, a aplicação de forma racional da lei. Desta forma, o texto legal por si só, passível de interpretações diversas, não pode ser aplicado sem que sejam observados os elementos essenciais aos julgados, quais sejam: necessidade da intervenção, moderação, harmonia (diretamente ligados a relação dos fatos com seus efeitos sociais-pessoais) e a razão (aplicação da lei ao caso concreto em todos os seus sentidos, não olvidando-se as questões processuais).

Neste sentido, tendo como escopo a Lei 13.010/2014 e o interesse do Estado na intervenção dentro do poder familiar, sendo este a proteção ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, conveniente ponderar que a proporcionalidade/razoabilidade influi diretamente no poder do Estado nas relações familiares.

Fundamentalmente a função da “palmada” ou “castigo físico” é a correção de algum hábito que é incompatível com a boa convivência social e que possivelmente tornaria a criança incompatível com o sistema social vigente.

A intervenção dentro do poder familiar só se faz necessária e “frutífera” quando, no caso concreto, a conduta perpetrada pelos genitores for proporcional a tal medida,

ou seja, impossível dizer logicamente que a Lei 13.010/2014 proíbe que a criança seja corrigida com palmadas.

Em uma situação hipotética de “correção por castigo físico” consistente em uma chinelada, certamente a mencionada agressão não deixa qualquer lesão ou rastro, sendo impossível a aplicação de qualquer sanção penal, também não afeta psicologicamente a criança de forma a prejudicar seu desenvolvimento. Desta forma, levando em conta o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, não é sequer interessante ou necessária à intervenção nesse bojo familiar.

Todavia, se a agressão culminar em danos a integridade física da criança, urge a intervenção do Estado, não pelo castigo físico em si, mas pelo excesso.

Claramente constata-se a ausência de necessidade da Lei Menino Bernardo, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 18 dispõe: “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer **tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor**”. (Grifo nosso).

Tais termos são repetidos no artigo 18-A da Lei Menino Bernardo:

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de **castigo físico** ou de **tratamento cruel ou degradante**, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Neste sentido, percebe-se a ausência de função do mencionado artigo, pois o ECA já trazia todos os elementos mencionados, vedando-os veementemente, tratando-se tal lei de formulação política, enfatizando apenas aquilo que já existia. Ressalta-se ainda que todos os termos utilizados em ambos os artigos constituem em sanções penais pré-existentes, portanto, mesmo o artigo 18 do ECA não possui propósito efetivo e, como se não bastasse, a criação de posterior texto legal idêntico, denota o interesse político na criação do mesmo.

O Código Civil, apesar de lei ordinária e por isso inferior ao ECA, nos traz as hipóteses em que os genitores podem perder o poder familiar: “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho. [...]”

Igualmente, visando à proteção da integridade física das crianças e adolescentes, tem-se o conceito de maus-tratos:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos (BRASIL, 2014).

Ressalta-se que o legislador foi claro na definição de maus tratos, especialmente quando no que diz respeito ao “abuso nos meios de disciplina ou correção”, ou seja, claramente abarca de forma definitiva o tema no que diz respeito à correção física, apenando a conduta e não apenas a proibindo como foi feito na Lei Menino Bernardo.

Neste prisma, ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem configura crime de lesão corporal, sendo certo que tal artigo defende qualquer indivíduo, menor de idade ou não, mas dá atenção especial nos casos em que o crime seja cometido por quem deveria zelar pela vítima:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (BRASIL, 2014).

A legislação vigente abarca sobremaneira tal tema, reprimindo a correção física exercida sem moderação, sendo certo que acabou se tornando repetitiva e descontrolada a menção de novas leis sobre o tema.

Percebe-se a ausência de finalidade na Lei nº 13.010, pois no que diz respeito ao direito de educação saudável e sem qualquer forma de coação física e moral, temos inúmeros textos úteis a esta finalidade, especialmente a própria Constituição.

5 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À LEI nº 13.010/14

A lei Menino Bernardo pôs em cheque toda a posição educacional das famílias brasileiras, especialmente no que diz respeito à intervenção do Estado nas relações familiares, bem como o choque do poder familiar exercido pelos genitores/responsáveis legais.

5.1 Posicionamentos favoráveis à Lei nº 13.010/14

O uso de correção por castigo físico influencia significativamente o desenvolvimento físico e mental das crianças, sendo que o interesse prioritário das pessoas que se posicionam a favor da Lei Menino Bernardo é a proteção à criança, pouco importando os traços culturais dos grupos familiares e seus interesses particulares.

Quando se fala na “proibição de castigo físico” imediatamente todos remetem à impossibilidade da correção das crianças, o que não é totalmente verdade. Como o desenvolvimento cultural e educacional das famílias brasileiras fora percebido que os castigos físicos têm sido cada vez menos usados.

Neste sentido, as famílias ao redor do mundo têm optado por outros meios de educar seus filhos, aplicando cada vez com menos frequência castigos físicos e humilhantes. A verdadeira ideia da convenção internacional dos Direitos da Criança é mostrar ao resto do mundo que há a possibilidade de educar sem ofender a integridade física dos infantes.

Não eventualmente são mostradas dezenas de casos de pessoas que quando adultos devolvem a sociedade toda a violência que receberam quando ainda eram crianças, ou seja, quando ainda deviam gozar da proteção de suas famílias e do Estado, mas ao invés disso tiveram amostras do que verdadeiramente existe de podre em nossa sociedade. Ora, preferível ter legislação pertinente tratando de tal

temática e não precisar usá-la do que arcar com as consequências da ignorância por parte do Estado.

No que se refere à intervenção do Estado, ponto fartamente criticado pelos os que são contrários a lei objeto dessa pesquisa, conveniente questionar se o risco da não intervenção/fiscalização do Estado é aceitável. Tratando-se da proteção da criança e do adolescente, bem como sua formação como pessoa de direitos, o risco da criação deficiente por parte dos genitores certamente é algo impensável.

Para os idealizadores da alteração do ECA, essa modificação envia uma mensagem pedagógica de que existem formas melhores de educar e que não envolvem o castigo físico, possuindo o condão de levar para dentro das casas de todos os brasileiros o debate sobre essas formas e dar origem a questionamentos quanto aos meios anteriormente empregados.

Alegam, ainda, que em nosso vasto ordenamento jurídico o tema ainda não teria sido abordado de forma correta e clara, deixando lacunas ou simplesmente era ignorada por fatores culturais.

A evolução das relações sociais e a globalização da informação afetam diretamente todas as formações sociais e cedo ou tarde afetariam a mais básica de todas, a “família”, sendo necessário relatar ainda que toda grande modificação que veio para alterar dogmas sociais foi aceita com grande dificuldade pelo povo brasileiro – Lei Seca, Lei antitabagismo, etc. –, todavia obtiveram resultados positivos em todo o território nacional.

5.2 Argumentos contrários à Lei nº 13.010/14

As alterações na legislação versando sobre as relações familiares foram amplas nos últimos 20 anos, ressaltando-se a própria Constituição e o ECA, sobretudo no que diz respeito à função do Estado nas relações entre pais e filhos. Notadamente, tais alterações modificaram bruscamente o contexto social o qual não tem conseguido alcançar bons resultados perante os novos ordenamentos e a nova posição jurídica.

Como se não bastasse, extraem-se de nosso ordenamento inúmeras leis que versam sobre a proteção à integridade física das crianças e adolescentes, sendo que a Lei Menino Bernardo não forneceu qualquer efeito novo ao que já existia, trazendo apenas consequências sociais por meio do choque com a informação de que os pais não mais poderiam aplicar castigos físicos em seus filhos.

Todavia, apesar de existir consenso no que diz respeito à forma de interpretação da Lei nº 13.010/14 esse consenso não afeta em nada a posição do Estado e sua intervenção, ou seja, independente da forma da correção, seja leve ou não, o Estado irá intervir nas relações familiares e interferir diretamente no poder familiar.

Neste prisma, os pais perderiam autoridade perante seus filhos, incutindo ainda nos filhos a cultura de denunciarem seus pais, prejudicando a formação das mesmas por perderem os limites comumente impostos por seus genitores.

É notório que em nossa sociedade que as crianças têm vivenciado nos dias de hoje uma liberdade desajustada e a proibição da correção por meio de castigos físicos, que ainda são os mais usados pelas famílias brasileiras, está criando gerações desconectadas das anteriores e que, portanto, não possuem os mesmos valores culturais e sociais.

6 CONCLUSÃO

O Direito nada mais é do que o reflexo do que concretamente ocorre na sociedade. Desta forma, podemos dizer que ora leis são criadas para coibir uma conduta negativa aos interesses sociais, ora são criadas para incentivar uma conduta benéfica à sociedade e em alguns casos, mesmo que desnecessárias, tem como foco causar impactos sociais que vão além de seu texto e de seus efeitos.

A Lei Menino Bernardo é exemplo claro de uma lei que tem como função principal gerar o debate sobre o tema nela exposto. Basta que se pense um pouco sobre os efeitos da mencionada lei, que não altera em nada a realidade jurídica em que vivemos, pois, como explorado nessa pesquisa, o Brasil possui amplo ordenamento jurídico versando sobre a proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

No que concerne a sua constitucionalidade, a mesma é constitucional, pois a Carta Magna sempre tratou dos direitos do ser humano em desenvolvimento como de interesse do Estado e, portanto, passível de intervenção do mesmo, quanto mais se vislumbra qualquer irregularidade que pode prejudicar o pleno desenvolvimento do infante.

Mesmo que o texto constitucional não tivesse trazido expressamente a intervenção do Estado no poder familiar, vislumbra-se o princípio mor do Direito, qual seja, a “proteção a dignidade da pessoa humana” que obriga o Estado a intervir sempre que tal direito basilar for ferido, não somente em prol das crianças, mas de qualquer membro de nossa sociedade.

Entretanto, ressalta-se que a intervenção do Estado não pode ser indiscriminada, ou seja, deve ser motivada. Tendo-se em vista que o foco das famílias e do Estado não é outro senão o desenvolvimento de um cidadão de bem introduzido com sucesso na sociedade, há de se convir que a intervenção do Estado somente se deva dar quando a conduta for comprovadamente maléfica a tal situação.

Apesar do poder do Estado de intervir nas relações familiares, observa-se que a “simples palmada” não viola qualquer direito do infante, bem como não trará qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento, devendo o Estado se abster de intervir por pequenas coisas, como preceitua o princípio da insignificância ou bagatela.

Não cabe ao Estado intervir na privacidade das famílias brasileiras quando os meios de correção estiverem dentro dos limites aceitáveis pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não trouxerem nenhum malefício ao desenvolvimento das crianças, pois, por certo, é dentro do convívio familiar que os jovens aprendem os limites e consequências de suas ações.

Diante disso, a conclusão lógica é que o ponto crucial sobre a Lei nº 13.010/14 não é a lei em si, mas suas aplicações práticas que não são definidas pela mesma e, portanto deixam a critério do aplicador definir sua verdadeira função e o quanto/quando o Estado deve intervir nas relações familiares utilizando-se dos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Emília. Para advogada, Lei Menino Bernardo é mal interpretada. **Diário Popular**, Ipatinga, 09 jul. 2014. Disponível em: <http://www.diariopopularmg.com.br/vis_noticia.aspx?id=8558>. Acesso em: 29 de jul. 2014

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). **Crianças vitimizadas: a Síndrome do Pequeno Poder**. São Paulo: Iglu, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BÍBLIA SAGRADA. **Sociedade Bíblica do Brasil**. Barueri: São Paulo, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: 25 jul. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IENCARELLI, Ana Maria. **Quem cuida ama: sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento na saúde da criança**. In Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente**: por uma propedêutica jurídicoprotetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5: direito de família**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

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