



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MARIANE CRISTINA SILVÉRIO

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO E
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PODER FAMILIAR**

**ASSIS
2011**

MARIANE CRISTINA SILVÉRIO

**Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo e Intervenção do Estado
no Poder Familiar**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. (Ms) Jesualdo Eduardo de Almeida Junior e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientanda: Mariane Cristina Silvério

Orientado: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Analizador (1): _____

Examinador: _____

**ASSIS
2011**

MARIANE CRISTINA SILVÉRIO

Trabalho de Conclusão de Curso
Apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis como requisito
curso de Graduação, analisado pela
seguinte comissão organizadora:

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Examinador:

**ASSIS
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

SILVÉRIO, Mariane Cristina

Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo e Intervenção do Estado no Poder Familiar/ Mariane Cristina Silvério. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.
94p.

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1 - Palavra chave - responsabilidade civil – dano moral – abandono de afeto - afetividade

CDD 340

Biblioteca da FEMA

DEDICATÓRIA

A Deus primeiramente, pelas oportunidades concedidas e por estar presente todos os dias de minha vida.
À minha família, em especial minha mãe e meu pai que me deram apoio nos momentos mais difíceis da minha vida, ao meu amado, pela compreensão e carinho.
Aos amigos e professores, pelo apoio e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado forças e iluminando meu caminho para que pudesse concluir mais uma etapa da minha vida, a minha querida mãe que nunca mediu esforços para me ajudar, a todos os professores do curso de direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão desse trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional.

RESUMO

A indenização por danos morais aos filhos em decorrência do abandono afetivo de um dos genitores e a falta do encargo dos pais para com seus filhos, no que tange a assistência, a criação e a educação, vem acarretando muitas vezes, a perda e a suspensão do poder familiar, pois o direito de família atual sofreu profundas transformações de ordem social, econômica, religiosa e política. Percebe-se, que em razão destes fatores, muitas crianças são encaminhadas ao Conselho Tutelar, para um acompanhamento de seu comportamento e um melhor desenvolvimento psíquico-afetivo. Trata-se de uma questão de grande relevância em nossa sociedade, pois a adolescência e a infância são amparadas por leis específicas e política pública que auxiliam na melhor qualidade de vida e na formação integral do sujeito. Importante mencionar, que essas implicações esta sendo abordadas neste trabalho de forma especial, pois o número de demandas e o índice de violência e indisciplina nas escolas têm aumentado constantemente nos últimos anos, fator que preocupa tanto autoridades educacionais, quanto professores, diretores e familiares. Observa-se certa insensibilidade, falta de humanidade e desrespeito nas atitudes e ações que muitas crianças e adolescentes apresentam, tanto na escola, quanto fora desta. A aprendizagem está intimamente ligada à afetividade, pois, sem afetividade, não há motivação e sem motivação, não há conhecimento. Sendo assim, a afetividade não se restringe apenas ao carinho, toque físico, e palavras de incentivo. O respeito, a oportunidade de crescimento, a valorização individual, a imposição de limites, e a aceitação pessoal são demonstrações de afeto com a criança.

Palavras-chave: família – responsabilidade civil – dano moral – abandono de afeto – afetividade

ABSTRACT

The compensation for moral damages to the children due to the emotional distance of a parent and lack of responsibility of parents to their children regarding the care and upbringing and education, has been causing a lot of times, the loss of family power and suspension because the current family law has undergone major changes in the social, economic, religious and political. It is noticed that due to these factors, many children are sent to the Guardian Council, for a monitoring of their behavior and better mental-emotional development. It is a major issue in our society, because childhood and adolescence are backed by specific laws and public policies that help to better quality of life and integral formation of the subject. Important to mention that these implications are being addressed in this work so special because the number of demands and the level of violence and indiscipline in schools have increased steadily in recent years, a factor that worries both educational authorities, the teachers, administrators and family. There is a certain insensitivity, disrespect and lack of humanity in the attitudes and actions that have many children and adolescents, both in school and beyond. Learning is closely related to affection, because, without affection, there is no motivation without motivation, there is no knowledge. Thus, the effectiveness is not restricted to the affection, physical touch and words of encouragement. The respect, opportunity, valuing the individual, the imposition of limits, and personal acceptance are demonstrations of affection with the child.

Keywords: family - liability - moral damage - emotional distance - lack of affection - affection

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. DO PODER FAMILIAR OU RALAÇÃOI PATERNO FILIAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FAMILIAR.....	13
1.2 DO PÁTRIO PODER DO PODER FAMILIAR.....	17
1.3 A MODERNA FORMAÇÃO FAMILIAR.....	28
1.4 CONCEITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	30
2. AS INCIDÊNCIAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	33
2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	33
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	33
2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	34
2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.....	35
2.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	35
2.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	36
2.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	37
2.8 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	38
3. O PODER E DEVER DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS.....	41
3.1 O DESAFIO DO PODER FAMILIAR.....	41
3.2 O DESENVOLVIMENTO PSÍQUICO-AFETIVO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E AS INPLICAÇÕES CAUSADAS PELA AUSÊNCIA DOS PAIS.....	47

4. DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DO PODER FAMILIAR JUNTAMENTE COM A INSTITUIÇÃO CONSELHO TUTELAR E O ATENDIMENTO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA EM SITUAÇÕES DE RISCO PESSOAL OU SOCIAL.....	56
4.1 A INSTITUIÇÃO CONSELHO TUTELAR.....	59
4.2 CONSELHO RTUTELAR DE ASSIS.....	60
4.3 COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR.....	66
4.4 ENTIDADE DE ATENDIMENTO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	72
4.5 REGIME DE ATENDIMENTO DAS ENTIDADES.....	72
4.6 REPRESENTAÇÃO DOP PODER JUDICIÁRIO.....	78
5. ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO.....	79
5.1 AFETIVIDADE79	
5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS: MEIO DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA FALTA DE AFETO.....	80
6. CASOS EXISTENTES JULGADOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	87
CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, surge cada vez mais a freqüência de famílias que, por opção ou motivos por forças das circunstâncias, vivem sem a companhia de um dos cônjuges. Além disso, a grande maioria destas é chefiada por mulheres, que não possuem marido ou de um dos cônjuges companheiro. Considerando-se que a família é parte de princípios básicos, de conteúdo mutante segundo suas evoluções históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade. Sem eles, é impossível compreendê-la.

A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, com seu desmoronamento, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Como a crise é sempre perda de fundamentos, a família atual está afincada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Enquanto houver afeto na família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada em conjunto, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.

O estudo dessa nova tendência no Direito de Família, o qual indenização em razão do abandono afetivo por um dos genitores, advém da transformação jurídica e social do instituto, mais precisamente ao que se refere ao poder familiar.

A transformação de poder dos pais sobre os filhos (pátrio poder) para conjunto de deveres (poder familiar) elucidou a preocupação com os direitos inerentes a cada ser humano, com a dignidade da pessoa humana e com a proteção integral da criança e do adolescente.

O presente trabalho foi realizado analisando-se principalmente a doutrina jurídica, visando explicação do tema proposto. Dessa forma, o objetivo foi analisar o direito de família

Iniciou-se com o estudo do Direito de Família, abrangendo sua evolução desde as sociedades mais primitivas até as inovações do Código Civil vigente.

Posteriormente, foram analisadas as conquistas de alguns casos já discutidos no Brasil acerca do assunto.

Por fim, foram examinados os direitos de uma criança ou adolescente perante a responsabilidade de seus pais e o Estado sob a proteção, que o Estatuto da Criança e Adolescente lhe confere, além de uma análise econômica e sociológica do tema.

1 - DO PODER FAMILIAR OU RELAÇÃO PATERNO-FILIAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

No decorrer dos tempos, a compreensão do sentido da família sofreu grandes alterações. Embora a sociedade moderna tenha uma mentalidade diferente das civilizações do passado, a família atual sofreu as influências de outras anteriormente existentes, como é o caso da família grega, romana, canônica, germânica.

Antigamente, as famílias não eram constituídas por grupos de relações individuais. Havia a chamada endogamia, ou seja, todos os membros que integravam a tribo mantinham relações sexuais entre si, sendo pouco provável sua ocorrência em todas as tribos. Dessa forma, a mãe era sempre conhecida, entretanto, a paternidade não havia como se saber.

Permite-se afirmar, portanto, que o início da família apresentou um caráter matriarcal, pois a criança permanecia em todo o tempo sob os cuidados da mãe, que além de alimentá-la, também a educava.

Ocorria naquela época também a exogamia (trata-se da prática de relações sexuais entre indivíduos do mesmo grupo), sendo consideradas pelos historiadores como uma manifestação da sociedade contra o incesto, sendo este no âmbito jurídico, a conjunção carnal entre parentes consangüíneos ou afins, que sejam, pelo Código Civil, proibidos ou interditados de contrair núpcias entre si.

Esse fenômeno, de certa forma, sobreveio pela ocorrência de guerras, a falta de mulheres, ou até inclinações naturais, que levou os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, mesmo antes do que em seu grupo.

No decorrer da história, caminhou-se para relações individuais, que continham um caráter de exclusividade, mesmo que algumas civilizações ainda mantivessem situações de poligamia, o que ocorre até o presente.

Os povos da antiguidade constituíam a família por meio do casamento ou da união de fato. O sistema jurídico era insuficiente e dessa forma, as normas que regulamentavam o casamento não eram específicas para tal instituto.

O casamento era um contrato semelhante ao contrato de compra e venda, o qual os pais da mulher faziam um acordo com o futuro marido e sua família, para a entrega da mulher, objeto da questão.

Dentro deste período, a família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar e invocava os seus antepassados. Acreditavam estes povos que a extinção do culto familiar acarretaria na condenação eterna dos membros de sua família e de seus antepassados. Era necessário um descendente homem para que continuasse o culto familiar. Nessa época era de grande importância que o filho fosse fruto de um casamento, para que este pudesse dar continuidade ao culto de seu pai. O filho bastardo não podia aplicar a religião doméstica.

Para que fosse atendida a necessidade de continuação dos cultos familiares romanos, a Lei das XII Tábuas criou o instituto da adoção, para que as famílias que não possuíam descendentes, pudessem se perpetuar e assim manter os cultos dentro da própria família.

Para o direito romano, a família se definia no conjunto de pessoas que se submetiam ao *patria potestas* do ascendente mais velho. A consangüinidade não era fator determinante da família. Sendo assim, o nascimento e o afeto não foram fundamento da família romana, e sim o poder paterno ou marital.

O chefe da família, conhecido como *pater familias*, exercia o seu domínio sobre a sua esposa, sobre os seus descendentes não emancipados e sobre as mulheres casadas com eles, desde que o casamento fosse feito com *manus*.

A família tratava-se de uma instituição econômica, política, jurisdicional e, principalmente, religiosa. Cada família tinha sua própria religião, que era aquela dos antepassados falecidos.

O Estado Romano praticamente não interferia no grupo familiar, sendo este de responsabilidade do *pater* que exercia uma jurisdição paralela a estatal, autorizada pelo próprio Direito Romano. Mas quando necessário limitará a autoridade do *pater* de vários direitos e poderes à mulher, como por exemplo, o fato de substituí-lo, ficando com a guarda dos filhos, tendo direitos sucessórios na herança dos filhos e de irmão consangüíneos falecidos. Além disso, foram dados aos filhos também direitos, como na sucessão materna.

Contudo, o direito canônico repudiou o divórcio, pois consideravam o matrimônio essencial a família, não podendo os homens dissolver a união realizada por deus, tanto que no Velho Testamento como no Novo Testamento, encontra-se a idéia de que o marido e a mulher constituem uma só carne. Diante dessa divergência, a doutrina canônica interpretou o divórcio dito por São Mateus, aquele em que subsiste apenas a separação de corpos, não havendo direito a contrair novas núpcias.

A Igreja possuía o posicionamento segundo o qual, o divórcio não poderia ser concedido em hipótese alguma, que seja em caso de adultério, de cativo ou de ausência.

Nesse sentido o direito canônico evoluiu, elaborando a teoria das nulidades e regulamentando a separação de corpos e patrimônios, extinguindo a sociedade conjugal, mas não dissolvia o vínculo firmado pela Igreja.¹

Diante da separação admitida pelo direito canônico, advém o efeito da extinção do dever de coabitação, entretanto, o dever de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca, ainda se conservava.

No fim da Idade Média, principalmente após a Reforma Protestante, surgiram problemas, que consistiam nos conflitos entre os tribunais religiosos e civis, num primeiro momento quanto ao aspecto patrimonial do direito de família e depois, quanto aos efeitos pessoais. O argumento usado pelos protestantes era o de que a

¹ Texto extraído de (<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) No dia 21 de julho de 2011.

competência da matéria pertinente ao direito de família deveria pertencer ao Estado e que o caráter sagrado dado ao casamento não se justificava, pois tratava-se de um simples fato da vida e a simples vontade dos cônjuges poderia dissolver o vínculo conjugal.

Por conseguinte, os católicos reafirmaram o caráter sacramental do casamento através do Concílio do Trento. Por ele, se reconhecia a competência exclusiva da Igreja para tudo o que dizia respeito ao matrimônio, desde a sua celebração até a sua declaração de nulidade.²

Ainda,

O Concílio do Trento foi fundamentalmente importante na evolução do direito de família nos países católicos, principalmente nos que o receberam, como ocorreu com Portugal, mandando que as decisões daquele fossem aplicadas em seus territórios.

Na época do Renascimento, o direito romano voltou a dominar o mundo, pois a autoridade de seu rei foi enormemente fortalecida. O Estado reivindicou novamente a competência para julgar as questões concernentes ao direito de família.

Aqueles países que se adotaram a Reforma tiveram de organizar sua própria legislação no que tange ao direito de família, exercendo assim, grande influência sobre os países católicos, como foi o caso da França, que não recebeu o Concílio do Trento.

Diante de tamanhos problemas, houve um acordo entre a Igreja e o Estado, pois ambos lutavam contra os casamentos clandestinos, exigindo publicidade prévia para se realizar o matrimônio além de testemunhas para presenciar o ato. Essas conquistas se incorporaram ao direito moderno.

Tanto nos países católicos como nos protestantes, o poder civil atuou moderadamente no direito de família, embora a competência das autoridades eclesiásticas tivesse sido absorvida pela autoridade civil.³

² Texto online extraído de (<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) No dia 25 de julho de 2011.

³ Texto online extraído de (<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) No dia 25 de julho de 2011.

Foi destacado pela doutrina que, o aspecto civil do casamento era vinculado à lei do Estado e o aspecto religioso do casamento era de competência dos órgãos eclesiásticos.

Hoje, a família perdeu grande parte de suas funções: o culto não é mais celebrado pelo patriarca como ocorria na família grega e na família romana, exercendo os membros a liberdade de culto, não mais se sujeitando ao culto escolhido pelo *pater*; a defesa não pode mais ser comparada àquela encontrada nos primeiros agrupamentos, existindo um estado forte que possibilita a convivência pacífica entre os povos, excluindo-se a vingança privada dos tempos remotos.

1.2 DO PATRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Existia na época do Código Civil de 1916, a figura do Pátrio Poder que na verdade sofreu grande influência do pátrio potestas, utilizado antes de 1916, sendo originariamente previsto no Brasil por meio das Ordenações Filipinas. Podendo, assim, ser conceituado como um conjunto de poderes e direitos exercido somente pelo pai e mesmo com a maioridade do filho o pátrio poder permanecia.

Contudo, a mãe não exercia o pátrio poder nem com a morte do marido, pois ela ocupava posição semelhante ao filho-família.

Nesse período pode-se destacar que a maioridade começava aos 25 anos, porém, se o filho continuasse dependente do pai o pátrio poder permanecia. Após 1731 a maioridade foi reduzida para 21 anos, emancipando os filhos para todos os efeitos.

Destacando, ainda, que o pátrio poder durava toda a existência e somente com relação aos filhos legítimos e os legitimados. Assim “não estavam, portanto, sob o pátrio poder os filhos então denominados ilegítimos, fossem naturais ou espúrios, mesmo reconhecidos, muito menos os adotivos” (SILVA, 2002, p. 41).

Conforme os estudos de José Virgílio Castelo Branco Rocha, eram as seguintes características do pátrio poder, no antigo direito:

- a) só o pai exercia o pátrio poder, não competindo à mãe senão certos direitos relativos a obediência filial;
- b) a maioria terminava aos 25 anos de idade, mas não cessava com ela o pátrio poder se o filho continuasse sob a pendência do pai;
- c) o pátrio poder só dizia a respeito aos filhos legítimos e legitimados, não alcançando os naturais e os espúrios;
- d) o pai podia nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão;

As atribuições do pai quanto a pessoa dos filhos consistiam em:

- a) educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com a condição e posse do pai;
- b) castigá-los moderadamente, e se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados de polícia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los;
- c) repeti-los de quem lhos subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso;
- d) exigir e aproveitar seu serviços, sem obrigação de saldada ou salário, salvo se lhos prometeu;
- e) nomear-lhes tutores testamentários e designar as pessoas que hão de compor o conselho de família;
- f) substituí-los popularmente;
- g) defendê-los em juízo ou fora dele;
- h) contratar em nome do filho impúbere, quando o contrato lhe pudesse vir em proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho púbere.

A partir do decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que veio conceder a viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não casasse novamente, pelo entendimento de Denise Damo Comel (2003), é regra de significativa importância e que consistiu num marco da evolução do pátrio poder, por deixar de considerá-lo como prerrogativa exclusivamente masculina, ainda que o jugo do homem somente viesse a ser definitivamente superado quase cem anos depois.

O poder familiar, então, seguindo as tradições das legislações anteriores, tinha como prerrogativa sempre o poder do marido, em virtude dele ser o chefe de família, tanto é que dominava o pátrio poder.

Contudo, o pátrio poder sofreu grandes modificações ao longo do tempo, desde a época do Código Civil de 1916, até a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que casou uma revolução do Direito de Família, onde os doutrinadores logo passaram a entender que havia necessidade de se transformar o conceito de pátrio poder, conjunto de direitos para conjunto de deveres, já que a família era considerada como a base da sociedade, ignorando o casamento como seu fundador legítimo, levando em consideração a proteção dos filhos, acompanhando a transformação social na relação entre pais e filhos que naquela época já vinha acontecendo.

Havia a necessidade de substituição para que não houvesse dúvida sobre a posição da mulher na sociedade conjugal, sendo exercida por ambos, em colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos.⁴

E isso com fundamento na Constituição Federal, que ficou estabelecido que homens e mulheres são iguais em direito e obrigação, por posição legal de igualdade entre o homem e a mulher, na sociedade conjugal.

Com a Lei 4.121, de 27.08.1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, que aduzia a questão da igualdade jurídica da mulher, embora tenha mantido o marido na chefia da sociedade conjugal, que na falta ou impedimento de um destes, o outro exerceria tal direito com exclusividade. Esta lei supriu o inc. II do artigo 6º do Código, que estabelecia a incapacidade da mulher casada, reconhecendo sua plena capacidade inclusive na constância do casamento. Esse foi o principal marco da emancipação jurídica feminina, que alcançou a mulher à condição de plena cidadania dentro do lar.

Conquistou a mulher, assim, o direito subjetivo inerente ao pátrio poder. Entretanto, pelo fato de se ter sido atribuído o exercício ao pai com a colaboração dela, manteve-se de certa forma, o sistema anterior de chefia da casa pelo marido, auxiliado pela mulher.

⁴ Texto extraído de (<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032873.pdf>) No dia 27 de julho de 2011.

Com relação aos filhos, ao menos no texto da lei, o pai continuava no primeiro plano e a mulher em segundo plano.

Podemos citar como uma das principais mudanças ocorridas na esfera familiar, a que elimina a chefia conjugal masculina.

No Projeto do novo Código Civil, a situação da mulher não será mais de colaboradora ou companheira, passando a tomar decisões dentro da sociedade conjugal, dirigindo-a juntamente com o marido. A mulher e o homem poderão se ausentar da casa em que vivem seja para exercerem suas profissões, encargos públicos ou interesses particulares, sem que isto possa constituir abandono do lar. O pátrio poder será substituído pelo poder familiar, sendo exercido por ambos os pais – a nova nomenclatura é uma sugestão do ilustre jurista Miguel Reale; Contudo, a mulher será a administradora dos bens próprios.

Aprovando-se o novo Código, teremos um Direito de Família sem as desigualdades latentes e absurdas entre os cônjuges e entre os filhos e sem a exigência de um ato formal ou religioso para a constituição da família protegida em lei, seguindo assim a linha de pensamento de nossa Carta Magna de 1988.

Não obstante, fica clara a posição de submissão da mulher ao marido nos dizeres de Clóvis Beviláqua, interpretando o artigo 233 do Código Civil de 1916, citado por Marcos Alves da Silva:

Ambos os cônjuges têm sobre o filho autoridade, a ambos deve o filho respeito. Mas, sendo o pai o chefe da família, compete-lhes, durante o casamento, o exercício dos direitos, que constituem o pátrio poder, sem, contudo, deixar de ouvir a mulher, em tudo o que disser respeito ao interesse do filho (BEVILAQUA apud SILVA, 2002, p. 50).

Parece, pois, óbvio que toda a mãe quer o melhor para o filho, ainda que a lei não declare isso expressamente, assim, a participação da mãe nas atividades de criação, educação e assistência é inerente, não sendo possível negar à mãe os seus direitos naturais. Porém é de se reconhecer também que, sob o ponto de vista do direito, do

Código Civil de 1916, o exercício do pátrio poder era competência do homem, cabendo o seu efetivo exercício à mulher em situações peculiares.

O conteúdo do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos estava estabelecido no art. 384 do Código, que conferia aos pais as seguintes competências:

- I. Art. 384 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
- II. dirigir-lhes a criação e educação;
- III. tê-los em sua companhia e guarda;
- V. conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
- V. nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;
- VI. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assistí-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VII. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e
- III. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Veja-se que a mulher se encontra submissa ao marido, assim como os filhos aos pais. Isso ocorre porque a lei diz que deve ser assim e não porque é da natureza o filho obedecer ao pai. Porém, se fosse levada em consideração à natureza humana, o filho sujeitar-se-ia à mãe, pois a maternidade sempre foi tida como um fato, enquanto a paternidade como hipótese.

Vale destacar que o primeiro inciso refere-se à questão da criação dos filhos sendo um dever de ambos os pais, pressupondo este dever: a manutenção, o vestuário, medicamentos, alimentos que visem a subsistência, cuidados corporais, entre outros. Quanto a educação, enfatiza-se que não se trata apenas de educação intelectual, mas também de educação moral e física.

Significa criar e educar os filhos de modo a torná-los indivíduos úteis à sociedade, dispensando-lhes conhecimento, ensinando-os a agir, a se exercitar, ou seja, preparando-os para a sociedade, a bastarem-se em si mesmos.

O inciso segundo do artigo 384, por outro lado, trata da companhia e guarda dos filhos.

Segundo José V. C. Branco Rocha (1960, p. 140):

a guarda tem por finalidade”:

- a) proteger a inexperiência do filho;
- b) acautelar a sua pessoa e vida contra eventuais perigos;
- c) premuní-lo de más influências;
- d) impedir que o filho cause danos a outrem

Tanto a guarda quanto a companhia pressupõe os cuidados devidos pelos pais, cuidados estes com a vigilância, a assistência, a fiscalização dos filhos, para que eles se tornem cidadãos úteis à sociedade, sendo possível, se necessário, a utilização de meios moderados de correção quando os filhos não cumpram às determinações dos pais.

Desde essa época o pátrio poder era, um encargo supervisionado pelo Estado, de forma a fiscalizar e evitar os possíveis abusos. Isso ocorre pelo fato dele ser um instituto de ordem pública.

José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p.48) resume a necessidade da interferência do Estado nas relações do pátrio poder da seguinte forma:

O pátrio poder tem vinculações com a ordem social, porque o Estado não pode ser indiferente a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens. É um instituto de proteção aos que, por sua pouca idade e inexperiência, reclamam a assistência de um órgão tutelar. [...] A família necessita de ambiente favorável em que possa expandir-se. Daí, a legitimidade da interferência do poder público na tutela das relações familiares, ressalvadas, porém, a liberdade e a iniciativa individuais. A autoridade do Estado não pode substituir a autoridade do chefe de família, mas esta é supervisionada pelo poder público.

Denise Damo Comel (2003, p. 32-33), referente à previsão do pátrio poder no Código Civil de 1916, afirma que:

o poder do pai, na família, preponderante quanto ao pátrio poder, não restando dúvida de que ao homem pertencia, predominantemente, o direito de dirigir os filhos, no casamento ou fora dele, seja no aspecto pessoal, seja no patrimonial, ainda que se lhe atenuasse o poder com o

estabelecimento da participação da mulher, como coadjuvante ou, ainda, substituta, na eventual falta ou impedimento do marido. Era o modelo patriarcal da família, mas que, de certa forma, quebrava-se quando da dissolução da sociedade conjugal, porque aí, então, sobressaía o interesse dos filhos, fazendo emergir a importância da mulher na proteção e educação dos menores. Interesse dos filhos que, mais tarde, vai se tornar o princípio norteador de toda política familiar.

Contudo, é reconhecido que, desde o Código Civil de 1916, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1934, o direito conferido aos pais (pátrio poder) constitui, em verdade, a realização de deveres. São deveres porque os direitos estão condicionados aos interesses e aos proveitos dos filhos. Sempre que esses direitos são exercidos sem a observância aos interesses do filho há um abuso de direito. Assim, o limite do pátrio poder é a proteção dos filhos, observando sempre os respectivos interesses e proveitos.

A Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar um capítulo inteiro à família, dispondo que ela era protegida pelo Estado. Importante destacar que a Constituição de 1937, destacou-se a importância sobre o instituto da família, em relação a Constituição de 1934, elencando que a educação é o dever primordial dos pais para com os filhos, visando a infância e juventude deveria ser mais protegida, assegurando uma vida digna, sendo ainda que os filhos naturais e legítimos passaram a ter o mesmos direitos em relação aos deveres dos pais.

O Estado começa a se preocupar com a família, assim dedicando um artigo 163 e seguintes da Constituição Federal de 1946, sendo destacados como os principais os artigos 163 e 164:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Art. 164 - É obrigatória, em todo território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo às famílias de prole numerosa.

Logo, começa-se a perceber a interferência do Estado na família, impondo deveres ao pai e fiscalizando seu exercício é porque fez da família uma instituição de ordem pública. Portanto se o pai abusa-se de seu poder ou se foge ao cumprimento de seus deveres cabe ao Estado assegurar as cominações legais.

Vale dizer que é desse pensamento, desse interesse do Estado na família, na criança e no adolescente que começa, aos poucos, principalmente após o último quarto do século XX, a se perceber a necessidade de proteger integralmente o 'menor' .

Após um longo período de mudanças nas relações familiares, fez-se a necessária a promulgação de uma nova Constituição que abrangesse os anseios dos cidadãos e da família brasileira, a Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista as grandes mudanças sociais, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o aumento de números de casamentos, a diminuição do número de filhos, entre outros, exige-se uma adaptação normativa do Estado, integrando e adaptando o ordenamento a realidade social, ao capitalismo avançado.

É nesse contexto que é promulgada a Constituição Federal, relegando o Código Civil de 1916 à legislação meramente residual no que diz respeito ao Direito de Família, fundando o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homem e mulher e da proteção integral da criança e do adolescente, este último sistematizado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

No que diz respeito ao pátrio poder, com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, este sofreu grande alteração, porém sua nomenclatura permaneceu, somente sendo substituída pelo Código Civil de 2002.

Com relação as alterações sofridas no pátrio poder, Denise Damo Comel (2003, p. 39-40), explica que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, atendendo ao que já vinha sendo preconizado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família de tal envergadura que bastaram três de seus artigos, quais sejam, o art. 5º ,

inc. I, o art. 226 nos §§ 3º , 4º , 5º e 6º , e o art. 227, nos dois últimos parágrafos, para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionadas.

Assim, após muita discussão, a maior parte da doutrina considerou revogadas as normas que dispunham diferente do que prescrevia a Constituição de 1988, principalmente aquelas que não deixavam o homem e mulher em relação de igualdade, sendo que as disposições do Código Civil de 1916 que são compatíveis com a CF/88 continuam vigentes, claro, com uma interpretação a luz da CF/88.

Referente ao poder familiar, doutrinadores entediam ter ficado uma lacuna na lei. De acordo com (COMEL, 2003, p. 45) uma vez que não havia legislação civil dispondo a respeito de como deveria ser exercido o pátrio poder em igualdade de condições pelo homem e pela mulher

Essa lacuna deveria ser resolvida pela utilização dos costumes e princípios gerais de direito. Assim, ficou esclarecido que deveria haver, entre marido e mulher,

total igualdade em direitos e obrigações (...), igualdade absoluta (...) [ou seja] o pátrio poder, então, fosse dentro ou fora do casamento, devia ser concebido como prerrogativa dos dois pais, em comum, e com relação a todo e qualquer filho, sem distinção alguma, uma vez que toda disposição que estabelecesse privilégio ou limitação injustificada para uns ou para outros estava revogada. (COMEL, 2003, p. 46-47)

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) passou há vigorar dois anos depois após a Constituição Federal, o qual disciplinava o pátrio poder, tido já como poder familiar, mas ainda visto e usado com pátrio poder, já a luz do princípio da igualdade entre o homem e a mulher e também da igualdade dos filhos. Conforme o artigo 21:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Importante destacar o fundamento da doutrina da proteção integral, esclarecida pelo ECA no artigo 4º, é expresso uma CF/88 em seu artigo 227, na qual diz

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

Esse artigo fundamenta a proteção integral, pela qual se entende que o Estado assumi uma responsabilidade perante a família, com relação à criança e ao adolescente, assegurando lhes com prioridade o direito de gozo dos direitos fundamentais.

Assim, embora o ECA tenha esclarecido algumas lacunas deixadas pela CF/88 referente ao pátrio poder (poder familiar), somente 12 anos depois, com a promulgação do Código Civil de 2002, as mesmas foram efetivamente supridas.

Na elaboração do Código Civil percebeu-se que a nomenclatura 'pátrio poder' não correspondia mais com a realidade social vivida, optando-se por mudá-la para 'poder familiar'. Sendo esta nomenclatura uma questão de grande discussão entre os doutrinadores.

Apesar de o Código Civil de 2002 ter, praticamente, repetido o artigo do antigo Código Civil de 1916 referente ao pátrio poder, mudando apenas a nomenclatura, não quer dizer que o instituto continue o mesmo, mudando apenas o nome, conforme afirma Denise Damo Comel (2003, p. 54-55):

Não se substitui o pátrio poder pelo poder familiar, mas sim, se evoluiu de um para outro, tendo em conta os novos conceitos jurídicos e os valores da sociedade brasileira, dentre os quais a igualdade entre os filhos, a prevalência dos interesses do menor, a função instrumental do poder familiar e a isonomia entre homem e mulher. No entanto, há de se ter especial cautela na compreensão do real significado da figura do poder familiar que, toda evidência, não se confunde com a do pátrio poder. Os princípios e valores que o inspiraram são seguramente diversos dos que davam o conhecimento do extinto pátrio poder.

O poder familiar refere-se, não somente ao exercício de autoridade, mas poder como dever, dever de cumprir os direitos inerentes aos filhos, ou seja, é um poder-dever dos pais em relação aos filhos incapazes.

Segundo Denise Damo Comel (2003, p. 64):

o texto do Código Civil de 2002, nos moldes do Código Civil de 1916, apenas regulamenta aspectos específicos a respeito, como, por exemplo, quem são os titulares (art. 1.630), a quem compete (art. 1.631), como se extingue (art. 1.635), dentre outros. O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, não conceitua a figura, apresentando apenas dispositivo genérico a respeito (art. 21).

Nesse sentido, o poder familiar é tido como um encargo dos pais, encargo esse de atender ao filho, assegurando todos os direitos fundamentais elencados no art. 227 da CF/88, consistente no proclamado pelo art. 229, da CF/88, ou seja, promover os direitos fundamentais do filho por meio da assistência, criação e educação.

A assistência, criação e educação devem ser desempenhadas por ambos os pais, conjuntamente, em igualdade de condições, de forma a cumprir com sua função: o melhor interesse do filho. Por fim, cabe ao filho respeito e obediência aos pais, à suas orientações; isso ocorre para que os pais desempenhem suas funções de forma satisfatória.

O não-exercício do poder familiar, pode desencadear responsabilização administrativa, penal e até mesmo civil.

De acordo com o ECA, em seu artigo 249, preceitua responsabilidade administrativa como “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder [poder familiar] Pena: multa de três a vinte salários de referência” e pelo art. 24, pelo qual “a perda e a suspensão do pátrio poder [poder familiar] serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22”.

Responsabilização penal nos casos preceituados nos artigos 244 a 247, por abandono material, entrega do filho a pessoa inidônea, abandono intelectual, e/ou abandono moral, que são crimes de perigo, não necessitando ocorrer danos para haver a responsabilização. Segundo conceituado por Jaques de Camargo Penteado (1998, p. 60-61), entende-se que o abandono material "diz respeito ao apoio material, sem o que, evidentemente, ela [a família] não pode permanecer ou subsistir".

Importante destacar que é dever inevitável dos pais "a tutela da criação e educação do menor, a sua formação integral".

Referente ao abandono intelectual diz respeito à educação dos filhos, educação no sentido de prover instrução, no mínimo, primária ao filho. Por fim, quanto ao abandono moral, tutela-se a formação moral do menor, ou seja, o seu caráter, sentimento, afetos.

Além da responsabilização administrativa e penal há a discutida possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo junto a pretensão punitiva do Estado contra os pais para que seja reparado os danos sofridos aos filhos em decorrência do abandono, além da possibilidade de perda ou suspensão do poder familiar.

Quanto ao conteúdo do poder familiar, o poder e dever dos pais em relação aos filhos, ele será analisado a seguir.

1.3 A MODERNA FORMAÇÃO FAMILIAR

Diante das significativas mudanças e transformações pelo o que passou a organização familiar, o conceito tradicional de família, como instituição jurídica formalizada basicamente pelo casamento, tornou-se incompatível com a dinâmica das relações sociais contemporâneas, que trouxe novas expectativas sociais e novas possibilidades para o direito de família.

Costuma-se falar de famílias, como se todos soubessem o que são famílias. Pode-se ser identificado como famílias estruturas de pessoas que vivem juntos por certo período de tempo, e se encontram ligadas por laços de matrimônio ou parentesco.

A entidade familiar anteriormente estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções de procriação e na unidade econômica e religiosa, está hoje centrada no afeto entre as pessoas, seja fundada do casamento, na união estável, na monoparentalidade, na consangüinidade, na adoção ou mesmo naquelas uniões ainda não reconhecidas pelo direito como as homossexuais.

Para alguns estudiosos, a família é a base da sociedade e garantia de uma vida social equilibrada, célula sagrada que deve ser mantida intocável a qualquer custo.

As relações de família modificaram-se essencialmente, passaram, na verdade, por um processo de reconstrução, em que a preocupação com os direitos de cada indivíduo assumiu papel fundamental. A família deixou de ter a característica de desigualdade entre seus membros para ser concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade.

O desafio dos dias atuais tem sido encontrar aquilo que identifica e diferencia uma relação qualquer de pessoas de uma relação familiar. Sobre essa questão, a melhor doutrina é geral em afirmar que esse referencial identificador das estruturas interpessoais que permite nomeá-las como família é definitivamente o fator afetivo.

Conforme (VILLELA apud DIAS, 2005, p.40)

[...] é o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, que gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Não cabe mais ao Direito decidir de que forma a família deve ser constituída ou quais serão as motivações juridicamente relevantes à sua constituição; seu âmbito de atuação deve limitar-se ao controle da observação dos princípios orientadores. Por essa razão percebe-se uma intervenção cada vez maior do Estado na tentativa de

preservar esses princípios, principalmente nas relações paterno-filiais em que prevalece a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

1.4 CONCEITO DE DIREITO DE FAMILIA

A família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições. É um grupo de pessoas, ou um número de grupos domésticos ligados por descendência a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. Dentro de uma família existe sempre algum grau de parentesco. Membros de uma família costumam compartilhar do mesmo sobrenome, herdado dos ascendentes diretos. A família é unida por múltiplos laços capazes de manter os membros moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações.

Podemos então, definir família como um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, como um sistema.

Assim, no interior da família, os indivíduos podem constituir subsistemas, podendo estes ser formados pela geração, sexo, interesse ou função, havendo diferentes níveis de poder, e onde os comportamentos de um membro afetam e influenciam os outros membros.

Maria Helena Diniz, conceitua o direito de família, como sendo:

“o complexo de normas que regulam a celebração do casamento. Sua validade e o efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal. A dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela”.

Contudo, o conceito de família engloba também outros papéis e funções. Em todas as famílias, cada membro ocupa determinada posição ou tem determinado estatuto, como, por exemplo, marido, mulher, filho ou irmão, que na verdade são orientados por funções

ou papéis, sendo estas as expectativas de comportamento, de obrigações e de direitos que estão associados a uma posição na família ou em um grupo social.

As famílias como agregações sociais, ao longo dos tempos, assumem ou renunciam funções de proteção e socialização dos seus membros, como resposta às necessidades da sociedade pertencente. Neste sentido, as funções da família regem-se por dois objetivos, sendo um de nível interno, como a proteção psicossocial dos membros, e o outro de nível externo, como a acomodação a uma cultura e sua transmissão. A família deve então, responder às mudanças externas e internas de modo a atender às novas circunstâncias sem, no entanto, perder a continuidade, proporcionando sempre um esquema de referência para os seus membros (MINUCHIN, 1990).

Destaca-se como principal função à proteção, sendo esta uma função na qual serve de estrutura para dar apoio emocional para resoluções de problemas e conflitos, assim formando-se uma barreira contra agressões externas. Sobretudo, a família ainda ajuda manter a saúde física e mental do indivíduo, por constituir o melhor recurso natural para lidar com situações do dia a dia.

Em relação à *criança*, a necessidade mais básica da mesma, remete-se para a figura materna, que a alimenta, protege e ensina, assim como cria um apego individual e seguro, contribuindo para um bom desenvolvimento da família e conseqüentemente para um bom desenvolvimento da criança. A família é então, para a criança, um grupo significativo de pessoas, de apoio, como os pais, os pais adotivos, os tutores, os irmãos, entre outros.

Assim, a criança assume um lugar relevante na unidade familiar, onde se sente segura. O processo de socialização a família assume, igualmente, um papel muito importante, já que é ela que modela e programa o comportamento e o sentido de identidade da criança.

A família tem também, um papel essencial para a criança, que é o da afetividade. Deste modo, o afeto é um alimento imprescindível na estrutura de uma criança. Sem o afeto

de um adulto, a criança ou adolescente não desenvolve a sua capacidade de confiar e de se relacionar com outro.

Contudo, a família constitui o primeiro pilar, tendo este como o mais importante grupo social de toda pessoa, bem como seu quadro de referencia, estabelecido através das relações e identificações que a criança criou durante seu desenvolvimento.

2 - AS INCIDÊNCIAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios, na atualidade ocupam posição de destaque no sistema de fontes, porque detém a primazia na escala hierárquica, ao contrario do que ocorria no Estado Liberal, onde havia a prevalência da lei e aos princípios cabia o papel de coadjuvante no sistema de fontes.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”*.

Contudo, os princípios, assumiram posição de destaque na pirâmide normativa, pois essa tal inversão deve-se ao fato da reconhecida insuficiência da lei para realizar os anseios sociais, ao fato de que os princípios permitem seu preenchimento e servem de instrumentos concretizadores dos valores supremos intrínsecos á sociedade em determinado contexto.

2.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Certamente, existem princípios gerais que se aplicam à todos os ramos do direito. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no ambiente do direito de família.

No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações de família e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando entre eles o principio afetividade. (DIAS,2005, p.55).

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O principio da dignidade da pessoa humana privilegia o indivíduo, e está consagrado na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Alexandre de Moraes a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa humana encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito.

Tal princípio impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e o promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

“O direito à vida Privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. (MORAES, 2004, p.129).

2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, como por exemplo o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas

porque compartilham afetos e responsabilidade. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que:

os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esses comandos legais regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput*, do Texto Maior, que é a CF, um dos princípios do Direito Civil Constitucional.

Juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação (com material genético de terceiro). Não se pode ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se a expressão *filho havido fora do casamento*, já que, juridicamente, todos os filhos são iguais.

2.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Prevê o art. 1.513 do Código Civil em vigor que:

“É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Trata-se da consagração do *princípio da liberdade* ou da *não-intervenção* na ótica do Direito de Família.

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que também deve existir no âmbito do Direito de Família.

A autonomia privada pode ser conceituada como o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses.

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na *escalada do afeto*, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente.

Vale lembrar, também, que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88).

Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88).

2.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto é atribuído valor jurídico, e assim o que era compreendido como elemento anímico e estranho ao direito ganha ares normativos, ou seja, uma qualificação de princípio. Como tal, encerra dever jurídico e passa a ser compreendido como o novo suporte fático das relações familiares.

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando à palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

O reconhecimento do afeto como princípio é de máxima importância e dignidade, que, além de dar a igualdade entre os irmãos, biológicos ou adotivos, respeitou seus direitos fundamentais como patrimônio e alimentos. Estabeleceu o direito de convivência entre pai e filho, reconheceu outros modelos de família e adoção como forma de escolha afetiva.

LOBO (apud DIAS, 2005, p.66) apontou quatro fundamentos essenciais ao princípio da afetividade, dentro da Constituição Federal de 1988 entre eles:

a igualdade de todos os filhos independente de origem (CF 227 § 6º); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 § 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos filhos e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º) e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227)”.

Para DIAS (2005, p. 67).

“o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue. Assim, a posse do estado de filhos nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrante de uma família”.

Desta forma, a autora, demonstrou que os laços afetivos não nascem do vínculo sanguíneo e sim da convivência e do respeito dos integrante da família e que manter este vínculo é garantir a felicidade de seus entes. Aduz ainda que: “A posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto”. (DIAS, 2005, p. 67).

As relações paternos-filiais são pautadas em imagem positivas onde se pressupõe que, os pais e filhos se entendem, compreendem-se, são amigos, divergem, brigam, mas que são partes da mesma unidade, da mesma célula familiar, produzindo assim um relacionamento afetivo harmonioso.

2.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Prevê o art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988 que diz:

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

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

A respeito, interessante é a posição de TARTUCE (2006, p.70). O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão *guarda de filhos* constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança.²⁷ Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC).

Como se pode perceber, a culpa quanto ao termino da relação não mais influencia na guarda dos filhos, devendo ser aplicada o princípio em estudo para a busca da proteção integral da criança ou o melhor interesse do menor, conforme a Constituição Federal.

2.8 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Há algum tempo se afirmava por mestres e doutrinadores, que “*a família é a célula mater da sociedade*”, até porque o art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Importante destacar, ainda, que a função social, seja classificada como for, opera como instrumento para que o jurista interprete e aplique o Direito segundo valores éticos e sociais, dada a função social que (representado pelo juiz, advogado, etc.) deve desempenhar, ao acompanhar as transformações ocorridas no seio da sociedade, ainda mais quando se vislumbra que a função social é comando determinado pela Constituição Federal. A função social da família constitui, assim, via de mão dupla: volta-se para o próprio Estado, destinatário da norma constitucional, bem como também o são os pais ou responsáveis pelas crianças e filhos no âmbito da família (ALMEIDA, 2007).

Assim, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade.

A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para afastar a discussão desnecessária da culpa em alguns processos de separação.

Passamos por uma transição na função social da família que englobava diversas funções, como a educacional, assistencial, e etc., sendo a finalidade dessa instituição apenas a diversificada, concentrando atualmente apenas as funções biológica e afetiva (SILVA, 2007).

Disto, destaca-se que a principal função social da família é o acolhimento do indivíduo formando-o como cidadão capaz de representar seu papel na sociedade como filho, irmão, trabalhador, estudante, entre outros.

A família adquire importância na vida do indivíduo a partir de seu nascimento em virtude de seu dever de guarda, criação e educação da criança. Posteriormente tem-se uma

fase de desenvolvimento, onde se prepara para a vida em sociedade estabelecendo relações de afetividade e trabalho.

Conclui-se, portanto que a família tem sim uma função dentro da sociedade e esta é a de formar cidadãos conscientes e aptos para a convivência social, independente de que âmbito esteja inserido, se profissional, se na escola, se entre amigos.

3 – O PODER E DEVER DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

3.1 O DESAFIO DO PODER FAMILIAR

Enquanto antigamente, quando vigiam as Ordenações Filipinas, o pai tinha um poder quase ilimitado sobre o filho, atualmente tem-se um dever, dever do pai em cumprir com as suas funções em prol dos filhos. Não se trata de uma faculdade, mas um dever. Portanto, o poder familiar, mais do que um poder é um dever.

A igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988, onde foi declarado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Em harmonia com o aludido mandamento, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente que o poder familiar deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária para a solução da divergência (GONÇALVES, 2005, p. 360).

Os dispositivos a serem analisados enfatizam o dever do poder familiar, ou seja, as obrigações dos pais em relação dos filhos menores.

Esclarecedor o entendimento de Rosana Fachin, apud Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 149-150), referente aos deveres dos pais, pois para ela:

de acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus componentes.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, (apud Bittar 1989, p.55), a família como agência de amor, deve ser preservada e garantida para que ocorra a realização da pessoa humana de forma íntima e “por essa razão, os laços de solidariedade entre pais e filhos são

fortalecidos pelo legislador, que consolidam os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais, mesmo quando deixam o domicílio familiar”.

O poder-dever dos pais em relação aos filhos encontra-se disciplinado pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

Os artigos descritos expressam a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, transformando-os em sujeitos de direito.

Referente ao artigo 5º do ECA, ao expressar que não poderá existir criança e adolescente expostos a diversas formas de vitimização como negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, resgata o valor supremo, não só dos direitos humanos consagrados às crianças e adolescentes, mas também os direitos humanos pertinentes a todos os seres deste planeta.

Os direitos dos filhos estão descritos basicamente no art. 227 CF/88, artigos. 4º e 5º, ECA, sendo que eles devem ser desempenhados pelos pais na forma do art. 229 da CF/88, assim "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".

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 impôs aos pais a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como impôs aos filhos maiores a obrigação de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, constituindo um dever dual entre pais e filhos.

Além disso, o Código civil de 2002 estabelece, em seu art. 1.634, que:

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 parte, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e aos serviços próprios da sua idade e condições.

Por fim, o art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o dever dos pais, elenca que *"aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse deste, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais"*.

Pela análise desses seis artigos, no que diz respeito ao direito pessoal, à relação paterno-filial, ao poder familiar, o artigo 229 da CF/88 afirma, expressamente, que é dever dos pais 'assistir, criar e educar os filhos', assim, o termo assistir deve ser interpretado de forma abrangente. Assistir significa estar presente em todos os momentos possíveis na vida do filho, prestando-lhes todo o tipo de assistência. O dever de assistir aos filhos concilia-se com todos os outros deveres elencados (criar, educar, tê-los em sua companhia e guarda, representar e assistir).

É de contribuição necessária o entendimento de Denise Damo Comel (2003, p. 95) sobre o dever de assistir, "pois, o dever de assistir será cumprido à medida que os pais assumirem todos os encargos com relação aos filhos, dando-lhes o suporte necessário ao pleno desenvolvimento da personalidade deles".

Quanto ao dever de criar, educar, ter em companhia e guarda, negar ou conceder o consentimento para casar, nomear tutor, representar e assistir os filhos, prescrito pelo CC/02 e, em parte, pela CF/88 e disposto pelo ECA no capítulo "Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária", é importante destacar que eles são, como já foi dito, inerentes à função de assistir os filhos.

Denise Damo Comel (2003, p. 96) resume o conteúdo do poder familiar como sendo composto pelo

dever de criar, no qual se inclui o de sustento; dever de educar; dever de ter em companhia e guarda, no qual se inclui o dever de reclamar de detenção ilegal; dever de representação e assistência, no qual se

incluem o dever de conceder ou negar consentimento para casar e a faculdade de nomear tutor; dever de exigir obediência, respeito, colaboração e, enfim, dever de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Necessário tecer alguns comentários mais profundos acerca dos deveres dos pais em relação aos filhos pertinentes ao tema do presente trabalho.

Referente ao dever de criar pode-se dizer que ele deve objetivar assegurar ao filho uma boa formação e desenvolvimento equilibrado. Criar implica em assegurar que a dignidade do filho seja preservada, garantindo seu bem estar físico e psíquico, garantindo sua sobrevivência com dignidade.

Quanto ao dever de sustento deve-se destacar que ele não se limita ao dever alimentar, pois o primeiro engloba tudo aquilo que é necessário à vida do filho e a sua manutenção, incluindo ainda o dever de sustentar e criar os filhos enquanto o segundo refere-se à obrigação genérica de prestar alimentos.

Assim, o dever de sustento, que está intimamente ligado ao dever de criar, é mais amplo que o dever de alimentar, pois “a obrigação de sustento define-se como uma obrigação de fazer; enquanto a obrigação alimentar consubstancia-se uma obrigação de dar”. (CAHALI, 1999, p. 548).

Referente ao dever de educar, ele pode ser entendido, segundo Denise Damo Comel (2003, p. 102-103), como aquele que:

implica obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o trabalho, seja através da educação informal, seja através da educação formal. [...] Informalmente, a educação acontecerá mediante atuação direta e permanente dos pais na vida do filho, no contato diário que mantém como ele. Essa forma de educação é extremamente importante a boa formação do filho, além de muito mais determinante ao desenvolvimento da personalidade do que a educação formal. É por meio dela que o pai vai passar ao filho os valores que tem como importantes na vida, transmitindo-lhe um ideário filosófico e religioso, bem como vai promovendo o desenvolvimento de virtudes e habilidades que, depois serão moldadas e ampliadas na educação formal. Reveste-se de significativo conteúdo afetivo e emocional, à medida que acontece espontaneamente, na convivência estabelecida com o filho, também de relevante valor no aspecto

intelectual e social, refletindo, enfim, na formação do cidadão como um todo e no amadurecimento e aprimoramento da personalidade, com a transmissão de noções e conceitos que se integrarão de modo relativamente estável e duradouro na personalidade do filho. Aliás, é dessa estreita comunhão que resulta o ditado popular: tal pai, tal filho, ressaltando a importância, a gravidade e a extrema responsabilidade dos pais no tocante à educação do filho. A educação formal consiste na escolarização que se realiza em estabelecimento oficial de ensino.

O dever de educar ainda pressupõe o dever de corrigir, pois o ensino necessita de contínua correção, impondo limites aos filhos de forma a repreendê-los ou censurá-los ou aplicar-lhes castigo moderado quando necessário.

O dever de corrigir não deve se exceder e nem usar de meios que ofendam a dignidade da pessoa humana, nem sua integridade mental e física, sob pena de destituição do poder familiar.

O dever de ter em companhia e guarda pressupõe ter o filho em seu poder, reclamar de quem o detenha ilegalmente, além de prestar assistência material, moral e intelectual. Não significa apenas morar sob o mesmo teto, significa uma convivência contínua e permanente, na medida do possível, para que haja troca de sentimentos, experiências, informações, cumprindo com os deveres de criação, educação e convivência familiar.

O dever de fiscalização é inerente ao dever de visitas, ou seja, aquele que não detém a guarda deve, além de cumprir com a obrigação de visitas ao filho, fiscalizar a manutenção e a educação dispensada à criança pelo guardião.

Cumprido aos pais o dever de representação e assistência, ou seja, representar judicialmente os filhos menores de 16 anos e assisti-los entre os 16 e 18 anos, conforme disciplina a legislação vigente (CC/02, art. 1690).

Atribuído a esse dever, cabe aos pais dar ou negar o consentimento para casar, nos termos do artigo 1517 do Código Civil. É prerrogativa dos pais, também, nomear tutor conforme preceitua a legislação vigente no artigo 1729 e seguintes do Código Civil de 2002.

Quanto ao dever de exigir obediência, respeito e colaboração deve se destacar que são necessários para que se possam efetivar outros deveres dos pais, como o de criar, educar os filhos e assisti-los. Contudo, pode-se concluir então que não se trata somente de um dever dos pais, mas também dos filhos de obedecer às determinações dos pais.

O dever de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais refere-se ao dever dos pais de agir no sentido de efetivar as ordens judiciais que visem a proteção integral dos seus filhos.

Assim, em razão do objeto do presente trabalho, é essencial tecer comentários acerca da convivência familiar, além de que esse direito dos filhos está interligado com o dever de criar, o de educar e o de ter em companhia e guarda.

Com relação ao direito à convivência familiar, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, compõem-se os seguintes comentários.

A convivência tem por objetivo a busca do pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa, ou seja, para que uma criança tenha um desenvolvimento emocional equilibrado.

Para o desenvolvimento equilibrado da criança é necessário que o pai conviva com a criança, dispensando carinho, afeto, assumindo-a e adotando-a, pois é na família que a prole se sente protegida e se desenvolve para enfrentar a sociedade e o mundo.

A previsão do ECA (art. 19) é no sentido de que a criança deve se desenvolver no seio da família, sendo colocada em família substituta apenas em casos peculiares.

Portanto, há que se concluir que a convivência familiar é necessária à vida da pessoa humana e de suma importância na formação da personalidade das crianças e adolescentes.

Deve-se lembrar, porém, que a convivência não se esgota no cumprimento dos deveres acima estudados, não se esgota também na questão material, vai além, pois deve-se respeitar o direito do filho à personalidade e principalmente à sua dignidade como criança em desenvolvimento e sujeito de direito.

Com relação a proposta inicial do presente trabalho, o abandono afetivo na relação paterno-filial decorre do dever de assistência, que pressupõe o dever de convivência, convivência esta que traz em seu bojo o afeto, o amor, carinho, companheirismo, respeito, entre outros decorrentes do afeto. A convivência entre pais e filhos é primordial para desenvolver todos os poderes e deveres dos pais em prol do melhor interesse dos filhos.

3.2 O DESENVOLVIMENTO PSÍQUICO-AFETIVO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E AS IMPLICAÇÕES CAUSADAS PELA AUSÊNCIA DOS PAIS

O afeto é à base da família moderna, a qual é fundada no respeito à dignidade de cada um dos seus membros e no amor entre eles, pois a família já não se baseia mais em uma relação de poder ou provimento econômico, mas num convívio cercado de afeto e carinho entre pais e filhos.

Ocorreu que, os laços se estreitaram, colocando o afeto em posição de destaque. Segundo Eduardo de Oliveira Leite (1994 p. 18): *“restringindo-se o nível de relacionamentos ao pai, mãe e filhos, aumentava-se, proporcionalmente, o estreitamento dos laços afetivos”*.

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Veja-se que a alteração na estrutura do modelo familiar relativizou a função que cada membro da família ocupa, pois não se prende mais, naquela disposição tradicional: pai, mãe e filho; ao primeiro cabendo o comando e a gestão do lar. Outras e variadas configurações familiares rompem as correntes da família matrimonializada, que já não

corresponde mais às relações de fato em que se envolvem as pessoas no tempo contemporâneo.

Por certo, a família e o afeto possuem características semelhantes e estão intimamente ligados.

Com o passar do tempo, assim como houve transformações no Direito de Família, por exemplo, de patriarcal para eudemonista, o afeto também sofreu modificações, passando a ter importância, não apenas pessoal para aqueles que o sentiam, mas também jurídica.

Normativamente, pode-se citar pelo menos três preceitos constitucionais que evidenciam o princípio da afetividade, os quais, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, fizeram com que se projetasse

no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Outro preceito normativo constitucional, que ocupa posição de destaque, é que a afetividade pode ser vislumbrada pela leitura do artigo 229, pelo qual os pais têm a obrigação de assistir, criar e educar seus filhos, e os filhos têm a obrigação de amparar seus pais na velhice.

Deve-se ressaltar que esses preceitos só serão plenamente respeitados se forem analisados conjuntamente com o princípio consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Para Cleber Affonso Angeluci não se pode olvidar:

[...] que para a implementação do princípio da dignidade humana, tal como expresso na Carta Magna, o sentimento do amor desempenha

papel preponderante. A vida humana somente se aperfeiçoa e se desenvolve em ambiente propício, com a presença do amor, constituindo a família, o centro motor deste processo de integração social e de aprendizado, de onde se extrai sua relevância.

A família, comunidade constituída em função da vontade, deve cumprir com suas obrigações, sendo que cabe aos pais, basicamente, educar, criar e assistir seus filhos. O cumprimento dos deveres dos pais em relação dos filhos é importante para que os filhos tenham desenvolvimento psicológico, emocional e social sadio.

Com base em tal afirmativa, José Sebastião de Oliveira (2002, p. 270) elenca que:

a criança espelha, em ações, a realidade do seu ambiente, e se ele não é seu lar e a educação que recebe não é a que os seus genitores deveriam destinar-lhe durante o seu desenvolvimento, ela refletirá uma realidade diversa da que lhe deveria servir de modelo. As conseqüências disso são nefastas: filhos consumistas, intransigentes ao diálogo e adversos ao respeito aos pais. (...) Como visto, a família educa a criança – preparando-a para a vida. Este lento e precioso processo de educação, se não totalmente, ao menos em grande parte, será responsável pela moldura da personalidade dos filhos.

Assim, com tal modificação, a afetividade pode ser apontada como uma característica marcante da família atual, que traz em seu bojo o respeito entre seus membros, no tocante à respectiva dignidade e honra.

Neste momento se pode observar que o amor, o sentimento de união deve estar presente, especialmente o amor que une pais e mães aos seus filhos e filhas, olvidando os problemas enfrentados pelos adultos, com a preocupação voltada às crianças e adolescente. Deve se levar em conta que o amor, tanto para o ser humano, como para a sociedade organizada é muito importante.

Para melhor compreender as relações humanas e o desenvolvimento psíquico-afetivo da criança, buscou-se informações sobre a evolução histórica, social e cultural da infância, sendo assim uma possível análise e compreensão de algumas problemáticas da atualidade.

A criança, ao longo dos séculos tem sido observada com mais atenção, por parte de estudiosos, sociedade, família e escola. Traçando sua história de evolução percebem-

se grandes mudanças na sociedade, voltadas para a infância. Até o século XIX as crianças não tinham tanta importância para a família e a sociedade. Eram vistas por estas, como adultos em miniatura.

A criança não era percebida como um ser em desenvolvimento e com características próprias de uma fase peculiar, mas sim como propriedade dos adultos, sem vontades próprias, sonhos, desejos, medos e qualquer outro tipo de sentimentos. Não havia um interesse por essa fase do desenvolvimento humano, tendo esta pouca importância.

Para fortalecer ainda mais a idéia de que a criança era um adulto em miniatura:

As crianças foram tratadas como adultos em miniatura: na sua maneira de vestir-se, na participação ativa em reuniões, festa e danças. Os adultos se relacionavam com as crianças sem discriminação, falavam vulgaridades, realizavam brincadeiras grosseiras, todos os tipos de assuntos eram discutidos na sua frente, inclusive a participação em jogos sexuais. Isto ocorria porque não acreditavam na possibilidade da existência de uma inocência pueril, ou na diferença de características entre adultos e crianças. (ROCHA, 2008, p. 55)

As famílias eram numerosas, conviviam em uma mesma casa pais, filhos, primos, tios, avós. As crianças não recebiam carinho e atenção individual, não tinham mimos ou privilégios diante dos adultos.

A situação da criança até o século XIX, demonstrava uma fase difícil do desenvolvimento infantil. A história relata dramáticas situações de descuido nesta primeira fase da vida. Mortes, trabalho forçado e escravo, abandono, descuido, violência e outras como relata LEITE, 1972, p. 21:

"o trabalho infantil chegava a durar de doze a dezesseis horas por dia".

Outro exemplo de falta de interesse, tanto político, quanto social pela infância, é o abandono de crianças pelos próprios pais por falta de condições mínimas para educá-los ou fornecer condições básicas de sobrevivência. Sendo que muitas crianças morriam em virtude das precárias condições sociais, como falta de higiene, excesso de trabalho e alimentação insuficiente ou sem valor nutritivo. Muitas trabalhavam em fábricas, com carga horária superior a 12 horas, apenas em troca de pão.

A contínua projeção de esperanças e temores do mundo adulto no da criança não se limitava a questões de roupa ou educação formal, mas se exprimia também de muitas outras formas, e uma delas era a ausência de livros escritos para divertir e distrair crianças.

Até o fim do século XVIII, a leitura de lazer para crianças limitava-se à Bíblia e a tratados religiosos. (LEITE, 1972, p. 34).

A infância, por muito tempo foi esquecida, desvalorizada como parte integrante da formação do ser humano. Essa fase não era vista como uma etapa com características próprias do desenvolvimento. Os avanços na forma de olhar a infância surgem com a modernidade, após o século XVIII, e no Brasil mais tarde ainda, em torno do século XIX.

A modernidade traz progressos na medicina, na tecnologia, ciência, que transformam a estrutura familiar e social e conseqüentemente um novo olhar diante da infância e adolescência.

Assim, a história da infância aponta muitos questionamentos sobre como nos relacionamos atualmente com as crianças. Relacionamentos que demonstram sentimentos de amor e afeto entre pais e filhos. Sentimentos que não existiam em séculos passados em nossa sociedade Ocidental, explicitados através de infanticídios, abandonos e alto índice de mortalidade infantil, aceitos com naturalidade.

Após alguns séculos de descaso com a infância, aos poucos vai surgindo um novo olhar sobre esta fase da vida, que alicerça a estrutura humana. As autoridades governamentais, teóricos e pensadores, trazem esperança para uma infância feliz, saudável e agradável, onde ser criança é sinônimo de alegria e despreocupação. Não é por nada que a infância, hoje, dura mais tempo. Antigamente, aos 7 ou 8 anos, a criança assumia responsabilidades de adulto.

O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz: *“considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente até os 18 incompletos”*.

A infância esta protegida por leis que asseguram uma melhor qualidade de vida e que impedem que este período deixe marcas desastrosas na estrutura humana. Os vários segmentos sociais, tanto públicos, quanto privados, destinam interesse na garantia da qualidade, validade e eficiência dos serviços prestados aos pequeninos.

Conclui-se, portanto, que as crianças estão amparadas pela sociedade, mas resta saber se cada membro desta sociedade, na sua individualidade, apresenta uma consciência da preservação do bem estar das crianças. Se cada família, cada escola, demonstrar através de seus atos, a dedicação, o respeito e a admiração pelo princípio da estruturação humana, que seguirá carregando todas as experiências adquiridas e transformando-as em ações que emitem a sua personalidade.

Quando há uma relação entre indivíduos, surgem vários sentimentos: amor, medo da perda, ciúmes, saudade, raiva, inveja; essa mistura de sentimentos gera a afetividade. Um indivíduo saudável mentalmente sabe organizar e lidar com todos esses sentimentos de forma tranqüila e equilibrada.

A qualidade de vida inclui a saúde mental, cuidar-se e cuidar do próximo é como fonte de prazer, por isso que a afetividade tem grande importância no desenvolvimento humano, pois é diretamente através dela que nos comunicamos com as nossas emoções.

É na família que a criança aprende a lidar com os sentimentos, pois o grupo familiar está unido pelo amor e nele também acontecem discussões, momentos de raiva, de tristeza, de perdão de entendimento. A criança vivencia o ódio e o amor e aprende a perdoar e amar, preparando-se para conviver adequadamente em uma sociedade, de forma sociável. Os adolescentes também necessitam de pessoas que lhes ensinem a conviver com esses sentimentos.

A afetividade já se inicia nos primeiros anos de vida, e os quatro primeiros anos da criança são particularmente fundamentais para a estruturação das funções cerebrais.

Assim, podemos dizer que os pais são os primeiros e mais importantes professores do cérebro.

O índice de violência e indisciplina nas escolas tem aumentado constantemente nos últimos anos, fator que preocupa tanto autoridades educacionais, quanto professores, diretores e familiares. Observa-se certa insensibilidade, falta de humanidade e desrespeito nas atitudes e ações que muitas crianças e adolescentes apresentam, tanto na escola, quanto fora desta.

Muitos cientistas acreditam que as emoções humanas evoluíram principalmente como um mecanismo de sobrevivência. O medo nos protege do mal e nos diz para evitarmos o perigo. A raiva nos ajudar a superar barreiras para conseguirmos o que queremos. Ficamos felizes na companhia dos outros. Ao buscarmos contato com seres humanos encontramos proteção dentro de um grupo, bem como oportunidade de nos associar com companheiros é assegurar a sobrevivência da espécie. (SHAPIRO, 1998, p. 19).

A aprendizagem está intimamente ligada à afetividade, pois, sem afetividade, não há motivação e sem motivação, não há conhecimento.

Segundo Piaget, há alguns pressupostos teóricos sobre a afetividade:

“a afetividade não se restringe somente as emoções e sentimentos, pois engloba também as tendências e as vontades da criança”. (PIAGET apud ARANTES, 2003, p.57).

Significa dizer, que a afetividade assim como toda conduta visa à adaptação, pois o desequilíbrio reflete em uma impressão afetiva particular e a consciência de uma necessidade.

Contudo, a afetividade interfere constantemente no funcionamento da inteligência, estimulando-o perturbando-o, acelerando-o ou retardando-o o desenvolvimento da criança.

Sendo assim, a afetividade não se restringe apenas ao carinho, toque físico, e palavras de incentivo. O respeito, a oportunidade de crescimento, a valorização individual, a imposição de limites, e a aceitação pessoal são demonstrações de afeto com a criança.

A carência emocional nos primeiros anos de vida da criança traz conseqüências desastrosas para o desenvolvimento, apresentando déficits na aprendizagem,

transtornos de comportamento, atitudes de violência, falta de atenção, desinteresse e fracassos escolares.

As famílias da atualidade trabalham para conseguir acompanhar as rápidas e constantes mudanças econômicas. Não é mais possível um único membro da família prover com sustento básico para seus integrantes, é necessária a colaboração de outros membros familiares para garantir uma vida familiar digna. Em vista disto, as crianças, são as maiores prejudicadas, pois são afastadas do seio familiar desde cedo, aprendendo a conviver, na rua ou com outras pessoas e outros conceitos de mundo. Esse afastamento traz um distanciamento entre o grupo familiar, criando-se algumas divergências quanto aos direitos e deveres familiares.

Referente às implicações causadas nos filhos pela ausência da convivência familiar com um dos genitores, deve-se ressaltar que elas dependem de cada caso concreto, porém cabe-nos apresentar alguns estudos que demonstram probabilidades de riscos e danos sofridos pelos filhos.

A ausência da mãe e a sua não substituição pode acarretar problemas diversos na criança, como: trauma, choque, angústia, neuroses, obsessão, que reduzem a capacidade de adaptação ao meio social.

Para Rodrigo C. Pereira “a ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinqüência juvenil, menores de rua e na rua etc”.

Corroborando essa assertiva, o cantor de rap MV Bill e Celso Athayde (2006), em seu marcante documentário “*Falcão: meninos do tráfico*”, verificaram que nove em cada dez, para não dizer dez em cada dez, meninos do tráfico cresceram sem conviver com seus pais pelo fato de não o conhecerem ou de já terem falecido em decorrência do tráfico de drogas. Revelam ainda que a maioria dos meninos do tráfico possui uma carência muito grande, por terem crescido sem a convivência com seus pais, carência

esta que se mostra por meio da grande admiração que têm pelas suas mães, avós e esposas.

Entende-se que todos somos responsáveis pela formação integral e global da criança e do adolescente, mas a família é a primeira que deve responsabilizar-se pelos indivíduos menores, sendo que na sua ausência, a comunidade, a sociedade e o Poder Público assumem as responsabilidades que deveriam ser da família.

A adolescência e a infância têm grande relevância em nossa sociedade, são amparadas por leis específicas e políticas públicas que auxiliam na melhor qualidade de vida e na formação integral do sujeito. A grande importância para esta fase da vida tem fator decisivo em termos sociais, já que é na infância e adolescência que construímos a personalidade humana dos sujeitos que, futuramente farão parte de uma sociedade, como agentes transformadores e atuantes.

O artigo 4º ECA é uma reprodução do artigo 227 da CF, preconizando como 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.

4 – DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DO PODER FAMILIAR JUNTAMENTE COM A INSTITUIÇÃO CONSELHO TUTELAR E O ATENDIMENTO A INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA EM SITUAÇÕES DE RISCO PESSOAL OU SOCIAL.

À infância e à juventude possui caráter prioritário emanado da Constituição Federal de 1988, tendo como principal objetivo a proteção integral, no sentido de assegurar aos seus tutelados a garantia dos direitos fundamentais, independentemente de classe social. Tal objetivo foi incumbir tanto a família, como também a sociedade e o Estado da tarefa de assegurar os direitos da criança e adolescente como pessoa durante seu desenvolvimento.

A família é reconhecida como a célula da sociedade, não sendo esta composta somente por pais e filhos e sim aquela formada por quaisquer descendentes ou também resultante de união estável entre homem e mulher. Porém, com advento da Constituição de 88, no sentido de proteção, os filhos havidos no casamento ou não, assim como os adotados são proibidos qualquer tipo de discriminação.

Neste sentido, quem deve fornecer, preferencialmente, a assistência às crianças e adolescentes, devendo tal assistência ser suprida pela sociedade e pelo Estado, quando houver necessidade.

Desde o início do século XX, as crianças e adolescentes eram inseridas exclusivamente em suas respectivas famílias (Código Civil), e aquelas que não se enquadrassem neste padrão aplicavam-se a chamada Doutrina do Direito de Crianças e Adolescentes (Código de Menores de 1927). Com o regimento deste código, o descumprimento das obrigações estipuladas aos pais, pelos motivos de incapacidade, mendicância, prisão por mais de dois anos, ausência, exercício de atividades proibidas ou impossibilidade econômica para suprir as necessidades de sua prole, bem como a conduta anti-social por parte da criança, ocasionava a transferência da tutela dos pais para o juiz.

Conseqüência disso, os menores eram taxados de "abandonados" (os menores de 18 anos), "vadios" (os encontrados pelas ruas), "expostos" (se menores de 7 anos), "mendigos" (os que pediam esmolas ou vendiam coisas nas ruas) e "libertinos" (os que freqüentassem prostíbulos). Era de responsabilidade do juiz o atendimento a toda essa população, na qual ele determinava a medida a ser aplicada, tendo o poder de devolver as crianças aos pais, ou colocá-la sob a guarda de outra família e até mesmo determinar a internação.

A década de 1960 foi mundialmente marcada pelo surgimento de inúmeros movimentos sociais em defesa dos direitos da criança e do adolescente. Isso ocorreu uma vez que, após a Segunda Guerra Mundial, o adolescente passou a ocupar uma posição determinada no cenário da violência quando a necessidade da mão-de-obra feminina nas fábricas deixou as crianças em situação de abandono, as quais, mais tarde, já adolescentes, constituíram-se como gangues marcadas por atitudes de revolta e violência. Em 1964 criaram-se as FEBENS estaduais, para tratar o problema de crianças e adolescente em situação irregular devido os fatores sociais, como a carência econômica das famílias, sendo este o principal fator que contribuía para o abandono de crianças.

Mesmo com a criação de institutos como a FEBEM, a experiência provou que o confinamento dos menores ao longo do tempo não foi suficiente, surgindo ainda mais a marginalização e as rebeliões de menores confinados.

A Psicologia, enquanto ciência que estuda o comportamento humano, passou nesse momento a destinar atenção maior à fase da adolescência, transformando-a em alvo de pesquisas e reflexões teóricas. Dessa forma, impulsionados pela nova visão trazida pela Psicologia e pelo Direito, juristas, políticos e educadores passaram a compreender a criança e o jovem como sujeitos em formação e, por isso, merecedores de práticas educativas diferenciadas.

No Brasil, porém, esse caminho foi lento, tendo seu início em 1979 com a criação do Código de Menores. Somente em 1989 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Organizações das Nações Unidas marcou definitivamente a transformação

das políticas públicas voltadas a essa população, culminando assim na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA.

Criado em 13 de julho de 1990, o ECA instituiu-se como Lei Federal n.º 8.069 (obedecendo ao artigo 227 da Constituição Federal), adotando a chamada *Doutrina da Proteção Integral*, cujo pressuposto básico afirma que crianças e adolescentes devem ser vistos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral sem qualquer discriminação de origem ou condição social. Assim, foram criadas normas referentes aos direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) concede especialidade ao tratamento legislativo da matéria pelo fato de tratar-se de pessoas em desenvolvimento. O legislador dá ênfase à convivência familiar originária ou em colocação da criança em família substituta, mediante adoção.

O ECA cuida, ainda, da prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, responsabilizando pais, responsáveis, a sociedade e até o poder público por fatos que coloquem em risco tais direitos.

Em uma breve análise o Título I do ECA encontram-se as disposições sobre a política do atendimento dos direitos da criança e do adolescente, que far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já o Título II determina as medidas de proteção que podem ser aplicadas sempre que os direitos da criança e do adolescente reconhecidos na Lei forem ameaçados ou violados, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão da sua própria conduta.

No Título III, trata-se da prática do ato infracional, sujeita os menores de dezoito anos as medidas de caráter sócio-educativo aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, elencadas no artigo 112 do ECA a serem aplicadas pela autoridade

competente, sendo o juiz e promotor de justiça da infância e juventude, de acordo com a idade e gravidade da infração, sendo assegurada a assistência judiciária gratuita, com apresentação do adolescente infrator ao representante do Ministério Público (art. 179, ECA), que poderá promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida sócio-educativa cabível (art. 148, ECA).

As escolas e seus educadores devem conhecer essa legislação, assim como os órgãos de apoio presentes na comunidade, como é o caso dos chamados Conselhos Tutelares — entidades públicas presentes obrigatoriamente em cada município e formadas por conselheiros da comunidade, cujo objetivo é receber denúncias de violação do ECA e assegurar seu cumprimento.

4.1 A INSTITUIÇÃO CONSELHO TUTELAR

O ECA criou o Conselho Tutelar, priorizando três características básicas deste conselho que, é um Órgão permanente, autônomo, e não judicial. Ser *permanente* significa ser contínuo, duradouro, ininterrupto. Ser *autônomo* significa ter liberdade e independência na atuação funcional, não podendo suas decisões ficar submetidas a escalas hierárquicas, no âmbito da Administração. Ser *não jurisdicional* quer dizer que as funções exercidas são de natureza executiva, sem a atribuição (que é exclusiva do Poder Judiciário) de compor as lides (conflitos de interesses). Por isso, não cabe ao Conselho Tutelar estabelecer qualquer sanção para forçar o cumprimento de suas decisões. Se necessitar fazê-lo, terá que representar ao Poder Judiciário.

A finalidade do Conselho Tutelar, o Estatuto faz cumprir a Constituição Federal, que diz ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos individuais e sociais que enumera (art. 227).

O Estatuto, como lei tutelar específica, concretiza, define e personifica, na instituição do Conselho Tutelar, o dever abstratamente imposto, na Constituição Federal, à

sociedade. O conselho é tido como mandatário da sociedade, que diz ser o braço forte que zelará pelos direitos da criança e do adolescente.

4.2 CONSELHO TUTELAR DE ASSIS

O conselho tutelar em Assis foi criado pela Lei nº 3.150/92, posteriormente revogada pela Lei Municipal nº 5.172/08.

Prescreve o artigo 132 do ECA:

que cada município, independentemente do número de habitantes, deve ter, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar composto por 5 (cinco) membros, escolhidos pela comunidade por eleição direta para mandato de três anos, sendo permitida uma reeleição. A Lei determina, ainda, como requisitos básicos para ser conselheiro tutelar válidos em todo o país: ter reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 anos e morar no município há mais de dois anos.

O horário de atendimento do Conselho Tutelar está estabelecido no seu Regimento Interno, funcionando 24 horas por dia, todos os dias da semana. Os plantões noturnos semanais e de finais de semana e feriados são realizados mediante rodízio, estabelecido em escala, de forma que os cinco conselheiros trabalham igualmente.

As denúncias chegam ao Conselho Tutelar das mais variadas formas (por telefone, anônimas, via ofício de escolas), e são diversas, sendo as mais comuns: evasão escolar, negligência, desvio de conduta, rebeldia, drogadição.

Após a denúncia, o CT atua aplicando as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA, quando os direitos das crianças e adolescentes forem violados ou ameaçados de violação, que pressupõe o artigo 98 do ECA:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Seriam sujeitos-alvos das medidas de proteção todas as crianças e adolescentes que, por omissão destes dois agentes, tivessem aqueles direitos ameaçados ou violados.

Faz parte deste conjunto, por um lado, crianças e jovens vítimas históricas de políticas econômicas de renda e de políticas sociais incompetentes em sua tarefa de assegurar a todos os cidadãos seus direitos sociais básicos. Crianças e jovens com a saúde ou a própria vida ameaçadas pelas condições de pobreza, desnutrição e insalubridade ambiental; sem acesso a uma assistência médica de qualidade; fora da escola ou submetidos a um processo educacional que os leva ao fracasso escolar, à condenação e à exclusão; inseridos num trabalho que os explora e afasta do convívio familiar e comunitário, da escola e do lazer.

Estariam também neste grupo, às crianças cujas famílias se omitem do dever de assisti-las e educá-las, praticam maus-tratos, opressão ou abuso sexual, ou simplesmente as abandonam.

Crianças e jovens sujeitos ao desprezo, abuso ou violência da sociedade, do Estado e da família ganham força nas figuras da criança abandonada, do jovem violentado, do pequeno bóia-fria, do exército de evadidos da escola ainda analfabetos ou semi-alfabetizados, do menino de rua.

Contudo, surge também na letra da lei, entre os responsáveis pela ameaça ou violação dos direitos da criança, um terceiro agente denominado ela própria (a criança), em função de sua conduta.

Depois de verificada a denúncia, cabe ao Conselho Tutelar as atribuições a ele pertinente, resumindo-se em:

- expedir notificações;
- realizar visitas;
- atender, aconselhar e orientar crianças e adolescente que estejam em situação de risco, bem como suas famílias;
- encaminhá-los a atendimento médico, psicológico ou psiquiátrico, quando necessário;

- inseri-los em programas ou projetos de auxilio e orientação;
- garantir o acesso das crianças e adolescentes à escola.

O Conselho Tutelar de Assis já realizou várias campanhas em prol da criança e do adolescente, ressaltando que, pela realização de Campanha de Combate às Drogas, chegou a receber, em 2005, Moção de Congratulações e Aplausos da Câmara Municipal.

Em 2006, com o advento da Lei Estadual nº 12.228/2006, iniciou-se um trabalho de conscientização junto a proprietários de *lan houses*, visando ao integral cumprimento da lei, especialmente para coibir o consumo de bebidas alcoólicas, cigarro e outras drogas por crianças e adolescentes, bem como para alertá-los dos riscos de envolvimento com pedofilia, prostituição e drogas via internet. Posteriormente, regulamentando a lei, o Decreto Estadual nº 50.658/2006 atribuiu ao PROCON a incumbência de fiscalizar esses estabelecimentos.

No final de 2006 iniciou um trabalho de visitas a restaurantes dançantes, bares noturnos, boates ou semelhantes, inclusive festas *raves* e bailes *funks*, visando fiscalizar o cumprimento ao artigo 10 da Portaria nº 02/2000, da Vara da Infância e da Juventude da Comarca, que proíbe a presença de menores, desacompanhados, nesses locais, após as 24h00. Na hipótese de descumprimento à determinação, o Conselho Tutelar registra Boletim de Ocorrência Policial contra o proprietário do estabelecimento e, em seguida, comunica o fato à Vara da Infância e da Juventude, para providências.

Em 2008 deu início a um trabalho de conscientização junto a proprietários de bares e restaurantes, visitando todos os bares da Av. Rui Barbosa, orientando os proprietários quanto à proibição do fornecimento de bebida alcoólica a crianças e adolescentes, bem como entregando-lhes cartazes com a advertência do artigo 243 do ECA, para que fossem afixados nos seus estabelecimentos. Este trabalho permanece até hoje, estendendo-se aos demais bares e restaurantes da cidade.

Em 2009, numa parceria com as Polícias Civil e Militar, realizou visitas noturnas a bares, verificando tanto o cumprimento à Portaria nº 002/2000 quanto à venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes. Além da elaboração de Boletim de Ocorrência, o Conselho Tutelar, como órgão encarregado de zelar pelos direitos da criança e do adolescente, encaminha aquele que estiver em situação de risco, entregando-o aos seus pais ou responsáveis, mediante Termo de Entrega de Responsabilidade e, na hipótese de não encontrar ninguém, procede ao seu acolhimento institucional (Casa Abrigo).

Também em 2009, novamente numa parceria com as Polícias Civil e Militar, realizou visitas a cinco boates do município, objetivando combater a prostituição infantil.

Anualmente, no dia 18 de maio, o Conselho Tutelar, em conjunto com o Programa de Enfrentamento ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes e as Secretarias da Assistência Social, Educação e Saúde, participa do Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, ressaltando que, no ano de 2009 foi realizada uma passeata com início na Praça Arlindo Luz e término no Ginásio de Esportes Jairão.

Importante destacar alguns dados estatísticos realizados no ano de 2010. O Conselho Tutelar atendeu aproximadamente 2.000 (dois mil) casos, sendo estes:

ATENDIMENTO CONFORME O SEXO:

Masculino	993
Feminino	739

ATENDIMENTO CONFORME A IDADE:

Criança	775
Adolescente	957

MOTIVO DA AMEAÇA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS:

Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado	245
Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis	809
Em razão de sua própria conduta	678

ALGUMAS VIOLAÇÕES:

Evasão Escolar Estadual	298
Negligência	263
Evasão Escolar Municipal	169
Desvio de Conduta - Rebeldia	126
Drogadição	125
Comportamento Escolar	89
Sem Responsáveis	87
Maus Tratos	59
Desentendimento Familiar	50

Alcoolismo dos Pais	21
---------------------	----

Normalmente, o Conselho Tutelar tem que agir em situações de conflito onde o problema já está instalado e é necessário encontrar uma solução, ou ao menos uma alternativa para garantir o bem estar da criança e do adolescente e, principalmente, para o seu convívio saudável no seio de sua família.

Todavia, muitas vezes a situação de risco é causada pela própria família, por negligência e pela falta de preocupação de enviar o filho para a escola ou envolvimento com álcool ou drogas.

Na maioria das vezes, no desempenho de suas funções, o conselheiro tutelar sofre risco pessoal e ameaças, tanto por parte dos adolescentes atendidos quanto por parte de seus pais ou responsáveis. Apenas a título de ilustração, citamos episódio em que uma conselheira, visando à retirada de uma criança de aproximadamente 5 anos de sua mãe (que estava sob efeito de álcool e drogas), para entregá-la aos cuidados do pai, teve arremessado contra si um ventilador, que só não lhe causou ferimentos por ter conseguido se esquivar, necessitando acionar a Polícia Militar para conseguir colocar a criança a salvo. Lembramos também de ameaça feita por um adolescente a uma conselheira, quando aquele prometeu atear fogo no automóvel particular desta e, coincidência ou não, alguns dias depois, a mesma teve seu veículo atingido por um tijolo dentro da garagem de sua residência.

Vale ressaltar que Assis possui apenas um Conselho Tutelar, constituído por 5 conselheiros e um único veículo, para atender uma população de quase 100 mil habitantes.

Por outro lado, é necessário frisar que tudo o que se refere à criança e ao adolescente corre sob “segredo de justiça”, devendo seus nomes e imagens ser mantidos em sigilo, ou seja, proibida a sua divulgação na mídia. Os artigos 232 e 247 do ECA chegam a estabelecer penalidades para a hipótese de infringência a essa vedação.

4.3 COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR

Os Conselhos Tutelares tem competência para aplicar às crianças e adolescentes em situação de risco as medidas de proteção, dispostas no art. 101, I a VII do ECA, quais sejam:

"I – Encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade:"

A Política de Proteção Integral instituída na CF/88 e regulamentada pelo ECA proporcionou a busca do fortalecimento dos vínculos familiares da criança e do adolescente em situação de risco pessoal/social, no momento do atendimento no Conselho Tutelar.

Chegando o caso ao Conselho Tutelar, os pais ou responsáveis serão convocados para cumprir o seu dever - direito de assistir, criar e educar os filhos, mediante termo de responsabilidade que estabelecera o compromisso de zelar pelo cumprimento de seus deveres. Pois, não sendo possível, o interesse da criança ou adolescente deve prevalecer sendo aplicadas as demais medidas de proteção, necessárias a cada caso.

"II – Orientação, apoio e acompanhamento temporários:"

Confere ao ECA relevância ao convívio familiar e comunitário como direito da criança e do adolescente. Para tal, coloca à disposição das autoridades um leque de possibilidades de ajuda especializada que complementem a ação dos pais ou responsáveis que dela necessitem, para que obtenham êxito em sua tarefa de manter e educar seus filhos ou protegido.

"III- Matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental:"

Desta forma, poderão os Conselhos Tutelares, por exemplo, requisitar a matrícula escolar de criança e adolescente, diante da impossibilidade ou incapacidade de pais ou responsáveis para fazê-lo.

A Escola é extremamente importante na socialização e desenvolvimento cognitivo da criança. Importante mencionar o artigo 56 do ECA, que a norma estabelece que o

dirigente de estabelecimento de ensino fundamental deverá comunicar ao Conselho Tutelar os casos de:

- 1) Maus-tratos envolvendo seus alunos;
- 2) Reiteração de faltas injustificadas;
- 3) Elevados índices de repetência.

"IV – Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente:"

A falta de recursos não deverá causar impedimento a convivência familiar da criança e do adolescente. Deverão ser requisitados, pelos Conselhos Tutelares, os serviços sociais públicos ou comunitários, diante das limitações ou falta de recursos dos pais. Não devendo ser o abrigo a solução proporcionada pelo ECA.

São exemplo de encaminhamentos a Programas de Atendimento como: Projeto ABC, Projeto Bem-me-quer, Projeto Broto Verde, Projeto Legião Mirim, que realizam oficinas com as crianças e adolescente atendidos.

"V- Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;"

Esta medida visa o atendimento nos hospitais do governo à criança e ao adolescente cuja família não tenha condições financeiras de arcar com tratamento necessário ao seu desenvolvimento saudável. Também são exemplos de requisição, as vagas em creche ou escolas, tratamento psiquiátrico. Quando não atendidos os casos são representados ao MP.

"VI – Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos";

Possui o mesmo objetivo da medida anterior, qual seja o desenvolvimento da saúde da criança e do adolescente. Porém, de aceitação mais difícil pelo jovem que dele necessita, devendo, se possível, ter um caráter preventivo.

"VI I - Abrigo em entidade".

Medida de caráter provisório nos termos da Lei deve ser precedida das anteriores, sempre que possível, tendo em vista a quebra do convívio familiar diário, que acarreta. É medida intermediária entre a perda do poder familiar dos pais e a adoção ou colocação em lar substituto.

Importante, que ao encaminhar criança ou adolescente para uma entidade de atendimento, o Conselho Tutelar deverá comunicar a medida o mais rápido possível à autoridade judiciária e acompanhar o caso rigorosamente para garantir e promover a transitoriedade e provisoriedade do abrigo em entidade, requisitando para tanto o apoio dos serviços públicos de assistência social. A autoridade judiciária é quem, vai transferir ou não a guarda da criança ou adolescente do pai, da mãe ou do responsável para o dirigente do programa de abrigo. Se o Juiz não se convence da necessidade da medida de abrigo em entidade, a decisão do Conselho Tutelar deixa de valer.

Tendo em vista a competência atribuída pelo ECA aos Conselhos Tutelares para o atendimento a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal/social de forma a aplicar as medidas de proteção elencadas no art. 101, I a VII, bem como medidas tocantes a seus pais ou responsáveis (art. 129, I a VII), verifica-se a implicação de uma diversificada gama de atribuições ou tarefas que vão desde o atendimento de crianças e adolescentes, pais ou responsáveis até a representação às autoridades competentes (quando o caso assim o exigir), como disposto no art.136 do ECA.

Com o escopo de fazer cumprir as medidas de sua competência e também as determinadas pelo judiciário, os Conselhos Tutelares devem requisitar ações de entidades governamentais e não-governamentais envolvidas no atendimento que se fizer necessário em cada caso concreto, nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança.(art. 136, III, "a", ECA). Assim, por exemplo, no caso de uma criança ter sido registrada, mas não ter certidão de nascimento, o Conselho requisita ao cartório do RCPN correspondente sua certidão. Porém, se não houve o registro, o Conselho comunicará ao Juiz para que ele determine ao Cartório o devido assentamento.

Focando os direitos preconizados no ECA os Conselhos Tutelares desempenham tarefas como expedição de notificações (art. 136, VII, ECA) e requisição de certidões de nascimento e de óbito de criança e adolescente, quando necessário (art. 136, VIII, ECA).

É, também, atribuição do Conselho Tutelar (ECA, art. 95), juntamente com o Poder Judiciário e o Ministério Público, fiscalizar as entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais comprometidas com programas de proteção destinados a crianças e adolescentes (art. 95, ECA)

Prescreve o art. 136 do ECA que o Conselho Tutelar deverá:

- I – Atender às crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII .
- II- Atender e aconselhar os pais ou responsáveis, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII, quais sejam:
 - I- Encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
 - II- Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
 - III- Encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
 - IV- Encaminhamento a cursos ou programas de orientação,
 - V- Obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
 - VI- "Obrigação de encaminhar criança ou adolescente a tratamento especializado.
 - VII- Advertência.

Nesse contexto, o Conselho Tutelar irá aconselhar os pais ou responsáveis de forma a promover a eliminação da situação de risco para a criança ou adolescente, partindo do princípio de que a família é a unidade fundamental da sociedade. No seu seio devem as crianças e adolescentes desenvolver-se, naturalmente, criando vínculos afetivos, os quais, sem dúvida alguma, serão da maior relevância para a sua vida adulta e para a gerações que se sucederem.

A advertência aos pais ou responsáveis consubstancia-se sob a forma de verbal e por escrito, sempre que direitos de seus filhos ou pupilos, por ação ou omissão forem ameaçados ou violados. Caso os pais ou responsáveis, reiteradamente, descumpram

os seus deveres, o Conselho Tutelar deverá agir para garantir o interesse das crianças e adolescentes, comunicando o descumprimento às autoridades competentes.

Ademais, a ocorrência de crimes que, mesmo não tipificados no ECA devem ser comunicados à autoridade judiciária caso:

1. Deixam de cumprir com assistência aos filhos, tendo condições (abandono material- art. 244 do CP)
2. Deixam de cuidar da educação dos filhos (abandono intelectual- art. 246 do CP);
3. Entregam criança/adolescente a pessoa inidônea (art. 245 CP);
4. Permitem que crianças e adolescentes freqüentem casa de jogo, residam ou trabalhem em casa de prostituição, pratiquem mendicância ou sirvam a mendigo para excitar a comisseração pública (abandono moral- art. 247 do CP).

A ação do Conselho Tutelar deve ser mais urgente quando se tratar recebimento de denúncia de criança ou adolescente vítima de maus-tratos, opressão ou abuso sexual. Na maioria das vezes os agressores são conhecidos da criança: familiares ou pessoas muito próximas que se utilizam da relação afetiva para o ato libidinoso ou sexual. A punição desse tipo de crime é muito difícil pela ausência de prova da sua materialidade, pois não deixam marcas.

Todavia, pode-se caminhar no sentido do reconhecimento do dano psíquico através de depoimento da vítima. Outro aspecto da complexidade que envolve esse tipo de crime contra a criança/adolescente, reside no fato de partir a violência, na maioria das vezes, justamente de quem deveria protegê-la.

- III - Promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
- a- requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
Caso o serviço em questão não exista, ou seja prestado de forma irregular, o Conselho deve comunicar o fato ao responsável pela política correspondente e ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, para que o serviço seja criado ou regularizado, fundamentando a necessidade, por meio de correspondência oficial, recebendo o ciente do Órgão executor na segunda via da correspondência ou em livro de protocolo.
 - b- representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

Descumprir sem justa causa, as deliberações do Conselho é crime previsto no art. 236 do ECA.

Diante do descumprimento injustificado de suas deliberações por Órgão governamental ou não-governamental, o Conselho encaminhará representação à autoridade judiciária, esclarecendo o prejuízo ou o risco que essa omissão traz para crianças, adolescentes e suas famílias. Se o Juiz considerar a representação do Conselho procedente, o caso vai para o Ministério Público que determina a apuração de responsabilidade criminal do funcionário ou agente público que descumpriu a deliberação.

IV- "Encaminhar ao Ministério Público notícia e fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou do adolescente":

No caso de constatação de alguma irregularidade ou violação dos direitos das crianças e adolescentes abrigados, semi-internados ou internados, o Conselho deverá aplicar, sem necessidade de representar ao Juiz ou ao Promotor de Justiça, a medida de advertência prevista no art. 97 do ECA. Se a entidade ou seus dirigentes forem reincidentes, comunicará a situação ao MP ou representará à autoridade judiciária competente para aplicação das demais medidas previstas no art. 97 do ECA, quando os fatos configurarem crimes (ECA, art. 228 a 244-A) ou infrações administrativas (art. 245 a 258), através de correspondência oficial protocolada.

V- "Encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência".

A competência da Infância e da Juventude está elencada nos artigos 148 e 149 do ECA.

VI- "Providenciar a medida determinada pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, I a VI, para o adolescente autor de ato infracional".

Promover as medidas protetivas (incisos I a VI) aplicadas pela justiça a adolescentes infratores; acionar pais, responsáveis, serviços públicos e comunitários para atendimento a adolescente autor de ato infracional, a partir de determinação judicial.

VII- "Expedir notificações":

Expedir correspondência oficial no sentido do atendimento aos ditames legais do ECA, da Constituição ou de outras legislações, por exemplo:

- 1) notificar pais ou responsável convocando-os à sede do Conselho Tutelar para assinar e receber termo de responsabilidade.
 - 2) notificar o diretor de escola de que o Conselho determinou a matrícula da criança.
 - 3) notificar os pais do aluno para que cumpram a medida aplicada, zelando pela freqüência do filho à escola. O não acatamento da notificação do Conselho poderá gerar a abertura de procedimento para a apuração de crime (ECA art. 236) ou de infração administrativa (ECA art. 249).
- VIII- "Requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário:

A requisição de certidões ou atestados, como as demais requisições de serviços públicos serão através de correspondência oficial, em impresso ou formulário próprio, fornecendo ao executor do serviço os dados necessários para a execução do documento desejado.

IX- "Assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente":

Na Lei Orçamentária (Municipal, Estadual ou Federal), o Executivo deverá, obrigatoriamente, prever recursos para o desenvolvimento da política de proteção integral à criança e ao adolescente representada por planos e programas de atendimento.

X- "Representar em nome da pessoa da família, contra violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, II da Constituição Federal;"

Fazer representação perante a autoridade judiciária ou ao Ministério Público, em nome de pessoa que se sentir ofendida em seus direitos ou desrespeitada em seus valores éticos e morais e sociais pelo fato de a programação de televisão ou de rádio não respeitar o horário autorizado ou a classificação indicativa do M. da Justiça (adequação dos horários de exibição às faixas etárias de crianças e adolescentes), para aplicação de pena pela prática de infração administrativa (ECA, art. 254).

XI- "Representar ao Ministério Público, para efeito de ações de perda ou suspensão do poder familiar".

Diante de situações graves de descumprimento por parte dos pais do dever de assistir, criar, educar os filhos, menores e esgotadas todas as formas de atendimento e orientação, deverá o Conselho Tutelar encaminhar representação ao Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, expondo a situação, mencionando a norma protetiva violada, apresentando provas e pedindo as providências cabíveis. O promotor de Justiça proporá a ação de perda ou suspensão do poder familiar (art. 20 c/c o art. 155 ECA) à autoridade judiciária competente, que instalará o procedimento contraditório para a apuração dos fatos (ECA, art. 24).

Vale ressaltar que as decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária, conforme dispõe o artigo 137 do ECA.

Pelo exposto, as medidas de competência dos Conselhos Tutelares para serem aplicadas necessitam do apoio de entidades de atendimento, as quais serão objeto do próximo capítulo.

4.4 ENTIDADE DE ATENDIMENTO A CRIANÇAS E ADOLESCENTE

As medidas de proteção e sócio-educativas determinadas tanto pelos Conselhos Tutelares como pelos Juízes da Infância e da Juventude requerem um sistema de atendimento constituído por redes locais de entidades de atendimento, que possam viabilizar as decisões por eles redigidas. Assim, por exemplo, caso uma denúncia de maus tratos a uma criança chegue ao Conselho Tutelar, esta deverá ser investigada por seus agentes. Confirmada a Denúncia, os pais ou responsáveis deverão ser convocados para cumprirem seus deveres de assistir, criar e educar seu filho ou pupilo, mediante termo de responsabilidade. Caso os pais reiteradamente descumpram tais deveres, deverá o Conselho Tutelar agir no interesse da criança em, tomando uma ou mais medidas protetivas, como o encaminhamento da criança a um abrigo para que

cesse o risco a que estava exposta. Para tanto, contará com o apoio de uma rede local de atendimento, preparada para executar as ações que o caso concreto exigir.

Para esclarecer como deve funcionar tal atendimento, se faz necessário distinguir entidades de atendimento, programas de atendimento e regimes de atendimento.

Entidades de atendimento são pessoas jurídicas, governamentais ou não-governamentais, responsáveis pela implementação da política de atendimento elaborada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), inspirado nos Princípios da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas expressos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (anexo A), nos artigos 227 e 228 da Carta da República e no ECA. Estes são os parâmetros a serem seguidos pelas entidades de atendimentos à infância e juventude em todo o país.

Não obstante, os Conselhos Estaduais, podem adequar as normas gerais às peculiaridades regionais. Já os Conselhos Municipais, tem a tarefa de fazer cumprir as orientações das instâncias normativas superiores, orientando as referidas entidades governamentais e não-governamentais.

Com escopo de possibilitar o controle estatal de suas ações, deverão as entidades de atendimento proceder à inscrição de programas, através do encaminhamento de seu Regimento Interno, especificando os respectivos regimes de atendimento, aos Conselhos Municipais, que a seu turno, comunicarão aos Conselhos Tutelares e à autoridade judiciária competente. O sistema de atendimento assim constituído deve estar organizado de forma a conter entidades capazes de abarcar o elenco de regimes de atendimento previstos no artigo 90 do ECA, quais sejam:

- I-orientação e apoio sócio-familiar;
- II - apoio sócio-educativo;
- III - colocação familiar;
- IV- abrigo;
- V- liberdade assistida;
- VI- semi liberdade;
- VII - internação.

Para que as medidas aplicáveis às crianças e adolescentes se tornem efetivas, se faz necessário um sistema de atendimento estruturado formado por redes locais de entidades de atendimento (governamentais e não-governamentais) cuja função é respaldar a atuação dos Conselhos Tutelares e da Justiça da Infância e Juventude. As entidades se responsabilizam pelos regimes de atendimentos por elas praticados na implementação das medidas protetivas ou sócio-educativas estabelecidas no ECA e determinadas no caso concreto pela autoridade competente.

4.5 REGIME DE ATENDIMENTO DAS ENTIDADES

1. REGIME DE ORIENTAÇÃO E APOIO SÓCIO-FAMILIAR - É o mais importante e o menos praticado dos regimes de atendimento do ECA. A orientação refere-se à ajuda não-material à família: informação, aconselhamento psicossocial, jurídico e econômico. Já o apoio refere-se à ajuda material: renda mínima, cesta básica, materiais de construção, vestuário, medicamento e outros. Vale ressaltar, que embora de difícil prática, seria ideal que seus resultados fossem suficientes no combate à violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tornando possível o seu desenvolvimento no seio da família. Logrando-se êxito nesse patamar de atendimento, não se chegaria à institucionalização (abrigo e internação) de crianças e adolescentes desassistidos pelos familiares.

2. REGIME DE APOIO SÓCIO-EDUCATIVO - É o trabalho social e educativo dirigido a crianças e adolescentes fora dos regimes de institucionalização. Nesse sentido, tais programas governamentais e não-governamentais desenvolvidos na comunidade são um poderoso instrumento de garantia ao direito à convivência familiar, ao lado do apoio e orientação sócio-familiar. Cumpre destacar, o relevante papel de algumas empresas privadas em parceria com Prefeituras e os Conselhos Municipais visando ao desenvolvimento local, instrumentalizando a Responsabilidade Social e contribuindo para o crescimento do país.

3. REGIME DE COLOCAÇÃO FAMILIAR - A colocação em família substituta em regime de guarda, tutela ou adoção é uma forma de – quando exauridas todas as alternativas de manter a criança em sua família natural- assegurar à criança o direito à convivência familiar e comunitária. É uma alternativa ao abrigo.

4. REGIME DE ABRIGO - O abrigo não é uma internação, não há privação de liberdade. Trata-se de uma medida de apoio residencial, afetivo e provisório até que a criança ou adolescente atendido possa retornar à sua própria família ou ser colocado em família substituta. Ressalte-se que o Estatuto estabelece um prazo de dois dias úteis para que os responsáveis pelos abrigos comuniquem à Justiça os casos de acolhimento de crianças e adolescentes em seus programas sem a prévia medida judicial, encaminhados pelos Conselhos Tutelares, pelas próprias famílias ou outros Órgãos.

5. REGIME DE LIBERDADE ASSISTIDA - Este regime é voltado para o atendimento de adolescentes que cometeram ato infracional. Para seu adequado funcionamento faz-se necessário um conjunto de métodos e técnicas sócio-educativos nas áreas de aconselhamento, terapia, reabilitação, educação básica e profissional, bem como orientação e apoio sócio-familiar, quando necessário.

6. REGIME DE SEMI-LIBERDADE - Também voltado para o atendimento de adolescente autor de ato infracional. É a última alternativa antes que se recorra à privação de liberdade. É a primeira alternativa, quando se pensa em progressão de regime para adolescente que se encontra internado.

7. REGIME DE INTERNAÇÃO - É regime de privação de liberdade. Deve obedecer aos princípios da excepcionalidade e da brevidade, devendo ser aplicado em último caso. Fundamenta-se na necessidade de ação sócio-educativa, gerando a responsabilidade da entidade pela integridade física, psicológica e moral do adolescente e pelo seu desenvolvimento pessoal e social.

Em que pese ser o direito à convivência familiar e comunitária direito fundamental ao lado do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade, nem sempre é possível sua manutenção. Fatores como o desemprego, a dependência de drogas, entre outros, levam ao rompimento dos laços familiares.

Os abrigados em instituição, é uma das medidas de proteção aos direitos das crianças e adolescentes estabelecidas no art. 101 do ECA e sua aplicação por decisão do Conselho Tutelar e por determinação judicial, implica na suspensão do poder familiar e o afastamento temporário do convívio com a família. Já a colocação em família substituta, através de adoção, implica na destituição do poder familiar, aplicável aos casos em que não há mais possibilidade de retorno à família de origem, de competência exclusiva do Juízo da Infância e Adolescência.

As entidades de atendimento que oferecem o regime de abrigo devem propiciar, durante a aplicação da medida, a manutenção do vínculo familiar e a convivência comunitária. Desse modo, deve incentivar o contato com familiares, organizando reuniões, encaminhando pais ou responsáveis para programas oficiais ou comunitários de apoio à família, bem como manter grupos de irmãos unidos, possibilitando a busca da reestruturação familiar, sempre que possível. Foi também intentada pelo legislador a convivência comunitária, evitando-se a alienação e a inadequação dos abrigados para a vida em sociedade. Contudo, os resultados práticos desta abordagem de proteção tem deixado muito a desejar, tendo em vista o grande número de crianças e adolescentes que acabam vivendo pelas ruas das grandes cidades, o que sinaliza a pouca atratividade que tais instituições exercem sobre os que delas necessitam. Vistos os regimes de atendimento que podem ser buscados no enfrentamento das questões referentes à infância e adolescência, passa-se a considerar as dificuldades encontradas pelos Conselhos Tutelares no desempenho de suas atribuições, enquanto órgão de mediação entre a demanda e a oferta desses atendimentos.

4.6 REPRESENTAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO

Entre as atribuições do Conselho Tutelar, disciplinadas no artigo 136 do ECA, estão a possibilidade de encaminhar ao MP notícia de fato que constitua infração penal ou administrativa contra os direitos da criança ou adolescente e encaminha à autoridade judiciária os casos de sua competência.

Para tal, é necessário que haja decisão da maioria dos membros do Conselho Tutelar (no mínimo três conselheiros), que assinarão a representação.

No Judiciário, a Representação tramita em “segredo de justiça” perante a Vara da Infância e Juventude. Logo, haverá um estudo psicossocial, realizado pelo Setor de Psicossocial Judiciário (equipe técnica), que é composta por assistente social e psicóloga. Após o resultado de tal estudo, ou seja, o parecer dessa equipe que vai embasar a decisão judicial. Se verificada negligência por parte dos pais, estes por ate mesmo vir a ser processados criminalmente.

Zelando pelo bem estar de crianças e adolescentes do município, o Conselho Tutelar de Assis já representou inúmeros casos à Vara da Infância e Juventude, tanto para providencias com relação aos pais ou responsáveis, como providencias com relação a proprietários de bares, casas noturnas, organizadores de festas, lan houses, enfim, àqueles que, de alguma forma, violaram ou ameaçaram violar os direitos de crianças e adolescentes.

5– ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO

5.1 AFETIVIDADE

Afeto é a emoção em geral ou qualidade de sentimento de um indivíduo, sendo o constituinte dinâmico da emoção. Os estados emocionais e sentimentais formam a afetividade, um dos aspectos do comportamento humano. Por sentimento entendemos o estado afetivo brando, suave, de prazer, desprazer em relação a um objeto, pessoa ou idéia que vêm a formar os sentimentos. Distingui-se das emoções por serem reações mais calmas e com uma experiência mais complexa, com mais elementos intelectuais (lembranças, imagens, idéias). (WARREN, 1981, p. 139). Assim são os sentimentos de alegria, júbilo, tristeza, ódio, medo, raiva, todos ligados às necessidades adquiridas. Porém, os sentimentos são específicos do homem, surgiram com o desenvolvimento histórico e variam com as mudanças das necessidades sociais.

Os psicanalistas foram as pessoas que deram maior importância ao aspecto afetivo do comportamento humano. A posição de Freud, focando o desenvolvimento individual, revela como para ele o ser humano, ao invés de ser racional, era mais um ser emotivo. Portanto, os pais deveriam ter consciência de como o desprazer e a tristeza, a raiva, o medo, a angústia e o ciúme de seus filhos causam preocupações e ansiedade nestes.

Para Jean Piaget (1979, p. 234), a afetividade é um processo que se dá concomitante à inteligência. Tanto o desenvolvimento do pensamento como das emoções só se dão se um acompanhar o outro, ou seja, não ocorre desenvolvimento intelectual se não houver afetividade. A criança se nesta fase por um egocentrismo puro, isto é, ela se vê como o centro de tudo e no início logo que nasce, o bebê se quer se diferenciar do meio. Ao final do período sensório-motor ela já se percebe como um objeto totalmente diferenciado do meio. A afetividade no início está totalmente centrada no corpo do bebê. Com o seu relacionamento com o meio através de satisfações e insatisfações a afetividade vai sendo transportada também para objetos e pessoas. O seio familiar é o primeiro objeto em que a afetividade vai se descentralizar, depois as pessoas mais próximas,

geralmente a mãe. O bebê reage a presença de estranhos, mostrando-se inquieto e às vezes até irritado. A criança passa escolher o objeto afetivo, sendo esta escolha dependente das relações que ela estabelece no meio, podendo ser agradáveis ou desagradáveis, e por último, ao final do sensório-motor, concomitante com a socialização da ação quando a linguagem se torna meio mais importante de comunicação, ocorre a transferência de afetividade, deixando ela de ser o único centro.

Diante de sua análise, uma criança psicologicamente afetiva tem maiores chances de crescer saudável, equilibrada emocionalmente e é capaz de vencer os obstáculos normais da vida. Então, o afeto é a troca de sentimentos, respeito, valores, desejos, experiências, amor, entre pessoas que se relacionam diariamente e a personalidade de um indivíduo é a organização integrada por todas as características cognitivas, afetivas e físicas e é por isso que a falta de afeto dos pais em relação ao seus filhos dão uma imensa diferença na edificação da personalidade da criança e conseqüentemente do futuro adulto.

5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS: MEIO DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA FALTA DE AFETO

Importante destacar a conceituação de responsabilidade civil, assim “pode-se dizer que é a medida que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (DINIZ, 2007, 35).

Portanto, entende-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém, seja moral ou patrimonial que, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se as conseqüências do seu ato.

Desta forma, a afirmação de que, o responsável será aquele que responde e a responsabilidade é a obrigação do responsável, ou ainda, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever, não deve ser suficientemente para solucionar o

problema e para conceituar a responsabilidade, pois se a pessoa agir de conformidade com a norma ou com seu dever, pode se leviano a dizer acerca de sua responsabilidade, pois tal indivíduo pode continuar responsável pelo procedimento de si, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como um substituto do dever de obrigação previa, por ter cumprido tal obrigação.

Assim, a responsabilidade é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente, servindo, portanto, para demonstrar a posição daquele que não executou o seu dever.

O artigo 5º, V e X da Constituição Federal e os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil são os pilares da responsabilidade civil:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A ação, na responsabilidade civil, é uma conduta humana (comissiva ou omissiva), ou de agente por ela responsável, que cause dano a terceiro gerando o dever de reparar o dano causado.

Pela interpretação dos artigos supramencionados, observa-se que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, causar prejuízo ou violar direito a outrem deve reparar o dano.

Contudo, em regra, é necessário estar configurada a culpa *latu sensu* para poder ser imputada a responsabilidade ao agente da conduta. A culpa *latu sensu* se divide em duas espécies: culpa em sentido estrito e dolo. O dolo ocorre quando o agente pretende o resultado danoso. A culpa em sentido estrito ocorre quando o agente causador do dano não pretendia o resultado danoso, porém por conta da negligência, imprudência ou imperícia, alcançou o resultado danoso.

O dano é imprescindível para o dever de indenizar. Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.96) conceitua o dano na atualidade

como sendo uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trata de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O dano pode ser dividido em dois grupos: o dano patrimonial, que salvaguarda o patrimônio da pessoa; e o dano moral, que visa salvaguardar os direitos da personalidade.

Assim, dano é toda ofensa causada ao patrimônio e/ou à dignidade do lesado. A ofensa à dignidade do lesado pode ser anímica, atingindo a psique da pessoa, ou corporal, a qual atinge a integridade física da pessoa.

O dano moral passível de ser compensado é aquele que possui um elemento psicológico que consubstancie um sofrimento sofrido pela vítima, que viole a sua dignidade.

O nexo de causalidade corresponde a verificação se a conduta do agente pode ser tida como pressuposto necessário para o resultado danoso, ou seja, deve-se verificar se o ato do agente foi determinante, necessário, para que ocorresse o resultado. Assim, “a

relação de causalidade se põe entre a ação ou omissão do agente e o resultado (dano)” (CARVALHO NETO, 2004,v.9, p.62).

Entretanto, Serpa Lopes (apud DINIZ, 2007, p. 34), conclui que a responsabilidade é a obrigação de reparar o dano, seja ele por decorrência de uma culpa presumida ou por uma circunstância meramente objetiva.

Ainda, conceitua Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 21) que:

“a responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou desconforto comportamental da vítima”.

Assim sendo, é com base nessas considerações, que podemos conceituar no início deste capítulo à responsabilidade civil como sendo a aplicação de medidas que obriguem a alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob uma guarda ou ainda, ou ainda de simples imposição legal.

Portanto, a responsabilidade civil só é possível se houver conduta ilícita, decorrente de culpa, dano material ou moral e nexos de causalidade.

Para o juiz o abandono se reflete apenas no aspecto patrimonial, se esgotando no dever de prestar alimentos, assim, se não houver o abandono financeiro não há fundamentos para se pleitear pela responsabilidade civil no caso em comento. Por isso entende-se que a conduta ilícita é vislumbrada pelo fato de ser dever dos pais assistir material e moralmente seus filhos, convivendo com eles, acompanhando-os e dispensando-lhes o necessário afeto, assim, se o pai não cumpre com estes deveres e causa danos aos filhos de ordem moral, ele incorre em uma conduta contrária a norma prescrita no artigo 186 do Código Civil.

O doutrinador Luiz Felipe Brasil Santos entende que a conduta omissiva do pai ocasiona, além do dano, “infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar”⁴⁸. Assim, a conduta ilícita ocorre quando se nega, se é omissivo, se negligencia, à convivência familiar, ao

amparo afetivo, moral e psíquico, violando os direitos da personalidade humana, ferindo valores constitucionalmente garantidos.

Para o Juiz Luis Fernando Cirillo⁴⁹ existe um dever dos pais de estabelecerem com seus filhos um mínimo de relacionamento afetivo e o fato de os pais estarem separados não os exime de manter esse relacionamento. Assim, se o pai não mantém relacionamento com seu filho, não convive com ele, pratica conduta ilícita, pois não obedece ao preceito constitucional do artigo 227.

Cabe ao juiz, na utilização dos princípios normativos, solucionar os conflitos, ou seja, “o juiz cria, no sentido de que confirma determinados fatos sociais, legitimando-os, criando modelos. Assim, é formulador de regras sociais de comportamento e, inevitavelmente, transformador do próprio ambiente social, alterando-lhe valores”.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, no abandono afetivo ou moral, há uma lesão aos “direitos fundamentais implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para sua ajustada inserção na sociedade”.

Assim, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes,

para a configuração de dano moral à integridade psíquica do filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico [passível de responsabilização administrativa e penal]. (...) Não se trata, pois, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual ‘dano causado’), mas de reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico nem com uma figura substituta, configurando-se, então, só aí, o que se chamou de ‘ausência de pai’ (isto é, ausência de uma figura paterna).

Os danos sofridos pela criança, de cunho moral, psíquico, deve ser objeto de análise por um profissional na área, de forma a tentar dimensionar os danos, se eles realmente existem, sendo que os possíveis danos sofridos pelos filhos em decorrência do abandono afetivo.

O dano provocado não pode ser tratado como dano moral, pois não há como alargar o seu conceito de forma a atingir o amor entre duas pessoas, porque se assim o fosse, o direito interferiria em um campo completamente alheio à razão humana.

Efetivamente, o pai não tem culpa de não amar seu filho, porém há culpa por ter negligenciado ao filho, aos deveres inerentes ao papel de pai. Assim, o que se pretende não é que o pai ame seu filho, mas que cumpra com seus deveres, criando, educando, sustentando material e moralmente, se comportando como se o amasse.

A doutrina contrária a responsabilidade civil por abandono afetivo acredita que o ingresso de uma demanda como a em análise impede qualquer tentativa de reaproximação entre pai e filho.

Há doutrinadores e magistrados que se perguntam se é possível dar valor ao afeto, ao amor, sendo que a impossibilidade de se coagir um pai a amar seu filho e a dificuldade de se valorar o possível dano são, normalmente, os fundamentos para que a pretensão punitiva em face do abandono afetivo seja rejeitada.

Primeiramente o que se pretende com demanda não é dar valor ao afeto, ou coagir um pai a amar seu filho; o que se pretende é que o pai seja responsabilizado por não cumprir com seus deveres de criação, educação, sustento, assistência material e moral.

Nesse liame, por certo, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p.57)

pode mesmo não haver qualquer 'prazer' ou 'satisfação' em ter um filho gerado acidentalmente. No entanto, sendo o aborto proibido, este é um encargo que deve ser assumido tanto pela mãe quanto pelo pai, de quem a lei espera e exige que (...) assumam, perante a sociedade e o Estado, (...) a responsabilidade pela criação e o sustento da criança. (...) É evidente que a lei não exige que um pai ame seus filhos, mas ela demanda que o pai se comporte como se os amasse, criando-os, educando-os e sustentando-os. Tal responsabilidade não é facultativa. É a lei a impor o dever, além do sustento, de criação e educação dos filhos.

Por força da proteção integral da criança, a vontade do pai não deve se sobrepor à necessidade dos filhos, assim, por mais que não se possa dimensionar o amor e valorá-

lo, não se pode “calar diante da omissão dos pais que insistem em gerar filhos sem reconhecer que se trata de uma criança-cidadã, devendo ser oriunda de uma família-cidadã, salvaguardada por uma constituição cidadã”.(SCHUH, 2006, p.76).

Contudo, o dano moral sofrido atinge mais do que o psicológico da vítima, atinge sua estima, sua vontade. A sensação de levar sua dor ao judiciário e não ver sua pretensão acolhida gera mais dano ainda; a sensação de injustiça, de não ser importante, por isso, os julgadores devem ter sensibilidade para apurar e valorar o dano moral, porque ele vai além do bem juridicamente tutelado, ele vai pesar por uma vida inteira e o judiciário não pode deixar de apreciar as circunstâncias que aconteceram os danos.

Muitas são as objeções contra a reparação indenizatória do dano moral, argumentando que não cabe ao judiciário dar valor monetário à dor e que esta não se pode medir.

Já se pode reconhecer, assim, que o princípio segundo o qual ‘o dano moral não é indenizável’ pertence já agora ao passado histórico do nosso direito privado; embora reconheçamos a existência ainda de juízes e julgados que, estacionados no tempo, persistem em tributar-lhe uma saudosa e cômoda felicidade, fazendo ouvidos moucos aos reclamos da justiça social e não se apercebendo de que o direito, como experiência vivida, acelera-se no seu processo evolutivo de adaptação. (CAHALI apud GONÇALVES, 2005, p. 571).

Efetivamente, é praticamente impossível que, após o ingresso de demanda, os laços entre pais e filhos sejam restabelecidos. Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 67) entende que é presumido que “o autor da ação antes de ‘bater à porta do Judiciário’, já bateu, sem obter êxito, ‘à porta do seu genitor’”, ou seja, a relação paterno-filial, quando do ingresso da demanda, já estava rompida havia tempos ou nunca se estabeleceu.

A indenização por danos morais aos filhos em decorrência do abandono afetivo de um dos genitores é questão de grande relevância, pois o número de demandas no Brasil referente ao tema está aumentando. Há um grande problema em se traduzir monetariamente os sentimentos e a própria noção de afeto como algo obrigatório, tornando o tema mais discutível ainda. Pois, a cada decisão dessas demandas surgem um novo modelo.

6- CASOS EXISTENTES JULGADOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

- **Caso 01 – MINAS GERAIS.** Poder Judiciário. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004.*

O caso noticiado ocorreu no Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, cuja ementa do acórdão resume bem a decisão que alterou o julgado de primeira instância, pois “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”.

O pai, não conformado com a condenação de pagar o valor referente a 200 (duzentos) salários mínimos - na época o valor seria de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) - a título de indenização ao filho, recorreu da decisão por meio de Recurso Especial encaminhado ao STJ. O recurso foi conhecido e provido pela 4ª Turma do Tribunal por três votos a um.

Os votos pelo provimento do recurso entenderam que a legislação atual – Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – prescrevem, como punição ao abandono ou ao descumprimento dos deveres de pai, a perda do poder familiar, o que para esses Magistrados, “já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral”.

No entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, o pai, após condenado a indenizar o filho por não ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso.

Para a autora supra citada, a barreira, o afastamento, a distância entre genitor e filho não se criou com o processo litigioso de responsabilidade civil. Ele foi criado muito

antes, decorrente da separação conjugal e do não cumprimento dos deveres do genitor, que ficou sem o exercício da titularidade do poder familiar, sendo que a pretensão de tal demanda, como se analisará adiante, não é reparatória, mas sim ressarcitória, punitiva e dissuasória.

Como dito, a decisão do STJ deu pelo provimento do recurso por três votos a um. Referente ao voto vencido pode-se extrair que o Ministro Barros Monteiro entendeu restarem claros a conduta ilícita praticada pelo genitor, os danos sofridos pelo filho e o nexo causal entre um e outro e que, em momento algum, foi argüida a ocorrência de força maior para descaracterizar a responsabilidade. Ele alerta que:

o Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Para o Ministro Barros Monteiro, a sanção prevista no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tal seja, a destituição do poder familiar, deve ser aplicada independentemente da indenização por danos morais.

É necessário destacar também, no mesmo sentido, o entendimento de Cláudia Maria da Silva, a qual esclarece que “*não se trata, pois de ‘dar preço ao amor’ (...), tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita*”. Para a Autora, o aspecto mais importante do presente problema é a sua “função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave”.

Porém, verifica-se que não é dever do Direito decidir como a relação paterno-filial deve acontecer, ou como é formada uma família.

Neste caso, se for formada uma família que respeite seus membros, a liberdade de cada um deles, respeitando inclusive a igualdade nas relações e principalmente ao afeto nas relações, cabe apenas ao Direito, como expectador, reconhecer.

CONCLUSÃO

A família já construída é exatamente um dos exemplos típicos e comunidade, sobretudo para os filhos, pois estes despertam a consciência no seio da família e são impregnados por seu ambiente.

Relativamente aos cônjuges, que entraram em sua relação matrimonial por um contrato de associação, cabe dizer que até certo ponto, ao longo do tempo, chegam a formar uma espécie de quase-comunidade, pois nos casos em que a união, forma-se um espírito comum que modela os dois. Diz-se “até certo ponto”, porque, apesar da intimidade das relações entre esposos e da recíproca solidariedade que os une, maior ainda quando existem filhos, ele e ela conservam o senso de suas respectivas individualidade, e sempre a relação entre eles é interindividual.

Para os filhos a família é uma verdadeira comunidade, porque nela se encontra o concurso de sua vontade, e porque não exercem o governo das funções de sustento e educação, que são desempenhadas pelos pais. Ao contrário, o par conjugal, que é o núcleo básico da família, é uma associação na qual as dois cônjuges ingressam voluntária e livremente em virtude de seu consentimento ao celebrarem o contrato matrimonial. Nota-se que para nossa cultura ocidental cristã, o ato de contrair matrimônio é um ato contratual.

Mesmo na doutrina da igreja católica ou evangélica, do ponto de vista do direito canônico, além da dignidade de sacramento que tem o matrimônio, ele é considerado juridicamente um contrato, no qual os ministros são os próprios contraentes, pois a função do sacerdote no casamento é semelhante apenas a de um notário que autoriza. Observa-se que a instituição do matrimônio está regulada não só por preceitos religiosos e por costumes sociais, mas ainda e principalmente pelo direito, tanto pelo civil e eclesiástico.

Pode-se observar que o matrimônio está regulado juridicamente. Apesar disso, encontram-se muitas relações sociais que não estão reguladas pelo direito, como ocorre especialmente com muitas relações interindividuais, além de outras relações sociais só o estão pelo costume e pelo convencionalismo. Se o matrimônio fosse algo

que dissesse respeito exclusivamente ao dois esposos e a ninguém mais, certamente a sociedade, e menos ainda o estado, nem tampouco a religião, ter-se-iam ocupado em regulá-lo. Se a relação sexual permanente ou estável de um par implicasse somente um assunto de amor ente os dois participantes, nunca se teria produzidas uma regulação jurídica sobre ela. Mas como essa relação implica a perspectiva do nascimento e da educação dos filhos, e, por conseguinte, diz respeito à vida social em seu conjunto, as instituições sociais, o estado, a religião, promulgaram norma muito estrita sobre o matrimônio, para torná-lo uma instituição estável com função definida, como direito e obrigações para os pais, assim como para os filhos.

Assim, a família sempre foi, é e continuara sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É nela que se estruturam os sujeitos, e onde estes encontram amparo diante de eventual crise estrutural.

A família, concebida como um grupo social, que se modifica de acordo com as transformações operadas no meio em que se insere, não permaneceu estático no curso do século XX. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos, econômicos e sociais provocaram mudanças profundas na estrutura familiar. Todas essas mudanças resultaram em síntese, na ruína da família patriarcal e, em última hipótese na valorização do componente da estrutura familiar. A partir da noção da dignidade da pessoa humana, esculpidas em quase todas as constituições democráticas.

No âmbito da alteração da organização familiar, o tratamento dispensado à filiação, também sofreu alterações, a começar pela igualdade independentemente de sua origem. A criança e o adolescente foram reconhecidos como titulares de direitos fundamentais constitucionais e de proteção difundida pela doutrina da proteção da integral. O cerne da filiação é a família. A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com a identidade do grupo familiar, em primeira instância. Daí surge a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade do indivíduo, cabendo-lhes dar amor, orientação ética e moral, educação, alimento, respeito; ensinar a viver e sobreviver, tudo isso por meio da convivência

familiar que, conclui-se é um dever dos genitores ou responsáveis, e, em contrapartida um direito dos filhos.

Não se trata, como visto, da consistência diária e contínua, que se esgota na coabitação ininterrupta ou esparsa, conforme persiste ou extingue o elo conjugal. Tanto no desenrolar da entidade conjugal como após sua extinção, ambos os genitores persistem como responsável pela prole em todos os âmbitos, exatamente diante da preservação do poder familiar.

É urgente que se proceda a dissociação entre a convivência familiar com o dever / direito de visitas / companhia / fiscalização, para difundi - lá como garantia de uma efetiva e perpétua participação na formação e no desenvolvimento da personalidade dos filhos, visando sempre ao melhor interesse desse e no resguardo de sua dignidade. Não há dúvida quanto à ofensa à dignidade, à integridade psicofísica e ao dano a personalidade do filho que deve ser, sim, reparado pelo pai, quando for o causador, ou quando em situações de risco pessoal ou violência deverá ser ao Conselho Tutelar, e este encaminhará representação ao Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, expondo a situação, mencionando a norma protetiva violada, apresentando provas e pedindo as providências cabíveis.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, ed. Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2ª. ed. Ver. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22ª. ed. (revista atualizada de acordo com a reforma do CPC). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DOLTO, Françoise. **Quando os Pais se Separam**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6ª. Ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. (revista de acordo com o novo Código Civil). São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

LIMA, Carlos Eduardo Araújo. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 9ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueiras. **A Filiação que se Constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERERIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

PIAGET, Jean. **A Construção do Real na Criança**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. Ed. Tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de Sociologia**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito e Família**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

WARREN, Howard. **Dicionário de Psicologia**. São Paulo: Livraria Editora Iracema Ltda, (Enciclopédia de psicologia contemporânea) 1981.

ELETRÔNICO

Texto extraído de:

(<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) acesso dia 21 de julho de 2011.

Texto online extraído de:

(<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) acesso dia 25 de julho de 2011.

Texto online extraído de:

(<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/130/133>) acesso dia 25 de julho de 2011.

Texto online extraído de:

(<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032873.pdf>) acesso dia 27 de julho de 2011. Julho de 2011.