

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO**

**SÔNIA CAROLINE SOUSA DE SÁ**

**AS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DA PALMADA PARA O DIREITO DAS CRIANÇAS  
E ADOLESCENTES**

**São Luís – MA  
2017**

**SÔNIA CAROLINE SOUSA DE SÁ**

**AS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DA PALMADA PARA O DIREITO DAS CRIANÇAS  
E ADOLESCENTES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

**São Luís - MA  
2017**

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

SOUSA DE SÃ, SÔNIA CAROLINE.  
AS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DA PALMADA PARA O DIREITO DAS  
CRIANÇAS E ADOLESCENTES / SÔNIA CAROLINE SOUSA DE SÃ. -  
2017.

66 f.

Orientador(a): MARIA TEREZA CABRAL COSTA OLIVEIRA.  
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade  
Federal do Maranhão, SÃO LUIS, 2017.

1. Estatuto da Criança e Adolescente. 2. Lei da  
Palmada. 3. Melhor interesse da criança. 4. Violência  
doméstica. I. CABRAL COSTA OLIVEIRA, MARIA TEREZA. II.  
Título.

**SÔNIA CAROLINE SOUSA DE SÁ**

**AS CONTRIBUIÇÕES DA LEI DA PALMADA PARA O DIREITO DAS CRIANÇAS  
E ADOLESCENTES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:     /     /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof.<sup>a</sup> Maria Teresa Cabral Costa Oliveira** (Orientadora)

---

1º Examinador (a)

---

2º Examinador (a)

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Deus todo poderoso, criador dos céus e da terra. A Ele toda honra e toda glória, louvor e majestade. A Ele tudo, por me agraciar dia após dia, com amor e competências e oportunidades.

Aos meus Dilsons, homens da minha vida, fontes de trabalho, alegria, diversão e motivação.

A minha mãe, por ter me ajudado, sobretudo, nestes últimos momentos, difíceis e trabalhosos.

A minha mãe Raimunda por afinidade, que tanto me socorreu nas horas complicadas. A ela a minha profunda gratidão. Devo-lhe minha saúde e bem-estar, como também os cuidados dos meus filhos.

A toda minha família, que de algum modo contribuíram para o sucesso que alcançamos hoje. Meus irmãos, avós, tios, primos, sobrinhos, cunhados e sogra, como também os agregados e demais membros da família estendida, Deus recompense cada um, com uma chuva torrencial de muitas bênçãos. Eu os amo, profundamente.

A querida professora Maria Teresa Cabral Costa Oliveira, pela orientação, pela demonstração de respeito ao Direito e à docência, pela amizade e sobretudo pela inspiração. Deus a abençoe em tudo, em nome de Jesus.

“Por óbvio, imprescindível a imposição de limites para que as nossas crianças e adolescentes cresçam íntegras, com respeito e com dignidade, mediante orientação, diálogo e outras formas de contenção e de disciplina. Conquanto a legislação pátria já coibisse a violência, a crueldade e a opressão contra as crianças e adolescentes, em se tratando de um assunto tão importante, todo acréscimo é bem-vindo. Deste modo, é preciso conscientizar a população de que a educação sem violência é muito mais eficaz.

O “Não” tem de ser dito, mas com amor e respeito, jamais com violência. ”

Cínara Vianna Dutra Braga

## RESUMO

Este trabalho faz uma breve análise da lei nº 13.010/2014, Lei do Menino Bernardo, popularmente conhecida como Lei da Palmada, na busca da compreensão de sua ideologia, necessidade, utilidade e eficácia. Busca-se, ainda, discutir sobre a intervenção estatal na esfera privada da família, levando-se em consideração os princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente, como também o Direito de Família, institutos que serão estudados para embasar as possíveis respostas à questão-problema discutida neste. Sabe-se que a Lei da Palmada possui cunho ideológico midiático e internacional, e, ainda, que a mesma é tida pela sociedade em geral como uma resposta à incipiente atuação do Estado frente aos casos de violência contra crianças e adolescentes, praticados principalmente pelos familiares, como no caso da criança Bernardo Boldrini assassinado pela madrasta e pelo pai e que dá nome à Lei. Percebeu-se, ao longo da pesquisa, que a referida Lei, de fato, se configura como um meio de combate aos castigos físicos imoderados, uma vez que ela pretende extirpar os castigos moderados, através de uma efetiva pretensão de intervenção estatal no modo como os pais e/ou responsáveis escolhem para corrigir seus menores nos casos de comportamentos indesejados. Observou-se, ainda, que as contribuições da Lei para a efetivação dos direitos dos indivíduos em tela, por enquanto, se apresentam na importância dos debates a respeito do papel do Estado e de toda a sociedade frente ao combate à cultura da violência doméstica, como ainda, na efetividade das políticas que devem ser adotadas para evitar que a vítima dos tipos classificados como violência contra o menor, sofra ainda com os extremos, tanto em relação à negligência quanto à super intervenção do Estado em seu meio familiar. Entendendo-se, portanto, a importância da limitação do poder do Estado na família, da proteção aos direitos da criança e adolescente, e sobretudo dos debates acerca do combate à violência doméstica, que muito tem vitimizado as crianças no Brasil e no mundo, buscou-se analisar a Lei da Palmada desde os seus fundamentos e ideologia até sua eficácia perante à sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Lei da Palmada. Estatuto da Criança e Adolescente. Violência doméstica. Melhor interesse da criança.

## ABSTRACT

This work gives a brief analysis of Law 13,010 / 2014, the Law of the Boy Bernardo, popularly known as Law of the Spank, in the search of the understanding of its ideology, necessity, utility and effectiveness. It also seeks to discuss state intervention in the private sphere of the family, taking into account the principles that guide the Law of Children and Adolescents, as well as Family Law, institutes that will be studied to support the possible responses Problem discussed in this paper. It is known that the Law of Spank has ideological and international media, and also that it is held by society in general as a response to the incipient action of the State against cases of violence against children and adolescents, practiced mainly by relatives, as in the case of the child Bernardo Boldrini murdered by the stepmother and the father and that gives name to the Law. It was realized, throughout the research, that the said Law, in fact, is configured as a means of combat to corporal punishment immoderate, since it seeks to eliminate moderate punishments through an effective pretense of state intervention in the way parents and / or guardians choose to correct their minors in cases of unwanted behavior. It was also observed that the contributions of the Law to the realization of the rights of the individuals on canvas, for the time being, are presented in the importance of the debates about the role of the State and of the whole society in the fight against the culture of domestic violence, As well as on the effectiveness of the policies that must be adopted to avoid that the victim of the types classified as violence against the child, still suffer the extremes, both in relation to neglect and over intervention of the State in their family environment. The importance of limiting the power of the State in the family, the protection of the rights of children and adolescents, and especially the debates about the fight against domestic violence, which has victimized children in Brazil and in the world, to analyze the Law of Spank from its foundations and ideology to its effectiveness before the Brazilian society.

**Key words:** Law of the Slap. Statute of the Child and Adolescent. Domestic violence. Better interest of the child.

## RÉSUMÉ

Ce document fait un bref rappel de la loi n ° 13.010 / 2014 Loi de l'enfant Bernardo, connu populairement comme la loi Smack dans la poursuite de la compréhension de leur idéologie, le besoin, l'utilité et l'efficacité. Le but est aussi discuter de l'intervention de l'Etat dans la sphère privée de la famille, en tenant compte des principes qui guident les droits des enfants et des adolescents, ainsi que le droit de la famille, les instituts qui seront étudiés pour appuyer les réponses possibles à ce problème discuté la question. On sait que la loi de Smack a les médias idéologiques et internationaux, et aussi qu'il est vu par la société en général en réponse à l'action naissante de l'Etat contre les cas de violence contre les enfants et les adolescents, en particulier pratiqué par la famille comme dans le cas de l'enfant Bernardo Boldrini assassiné par sa belle-mère et son père, et qui donne son nom à la loi. on a remarqué, au cours de la recherche, que cette loi, en effet, est configuré comme un moyen de lutte contre les châtiments corporels immodérée, car il a l'intention de déraciner les peines modérées, par réclamation efficace à l'intervention de l'État dans la façon dont les parents et / ou tuteurs choisissent de fixer leur plus petit dans les cas de comportement indésirable. Il a été noté que les contributions de la loi pour la mise en œuvre des droits des personnes à l'écran pour le moment, sont présentés sur l'importance des débats sur le rôle de l'Etat et l'ensemble du front de la société pour lutter contre la culture de la violence domestique, comme dans l'efficacité des politiques qui devraient être adoptées pour empêcher la victime des types classés comme la violence contre les petits, souffre encore des extrêmes, aussi bien par rapport à la négligence de l'intervention super état dans leur milieu familial. Comprendre, par conséquent, l'importance de la limitation du pouvoir d'Etat dans la famille, la protection des droits des enfants et des adolescents, et surtout les discussions sur la lutte contre la violence domestique, qui a beaucoup d'enfants victimes au Brésil et dans le monde, a cherché Si l'analyse de la loi de Smack de ses fondements et de l'idéologie de son efficacité avant la société brésilienne.

**Mots-clés:** Droit de la fessée. Statut de enfant et adolescent. La Violence domestique. L'intérêt supérieur du enfant.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2.</b>	<b>DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E O PODER FAMILIAR.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>Evolução histórica do direito da criança.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>Poder familiar.....</b>	<b>17</b>
<b>2.3</b>	<b>Panorama do direito da criança e adolescente.....</b>	<b>19</b>
<b>3</b>	<b>NORMAS DE PROTEÇÃO AO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....</b>	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>Normas do Código Civil.....</b>	<b>23</b>
<b>3.2</b>	<b>Normas do Código Penal.....</b>	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>Estatuto da Criança e Adolescente.....</b>	<b>29</b>
<b>4</b>	<b>PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A INTEGRALIDADE DO DIREITO.....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>O exercício do poder familiar e a pretensão do melhor interesse da criança.....</b>	<b>34</b>
<b>4.2</b>	<b>A intervenção estatal e a relativização do poder familiar.....</b>	<b>37</b>
<b>5</b>	<b>LEI MENINO BERNARDO: ideologia e eficácia.....</b>	<b>40</b>
<b>5.1</b>	<b>Nomenclatura da lei nº 13.010/2014.....</b>	<b>40</b>
<b>5.2</b>	<b>O processo legislativo e o clamor social.....</b>	<b>44</b>
<b>5.3</b>	<b>Lei da Palmada: pretensão x prática jurídica.....</b>	<b>46</b>
<b>5.4</b>	<b>Eficácia social da Lei da Palmada.....</b>	<b>53</b>
<b>5.5</b>	<b>Contribuições da lei para o direito da criança e adolescente.....</b>	<b>55</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Verificou-se, no Brasil, durante os anos de 2008 a 2014, uma grande mobilização social envolvendo diversos setores da sociedade para a concretização da punição efetiva e eficaz aos indivíduos que praticam a violência contra as crianças e adolescentes, principalmente aquela praticada no seio familiar. Esse movimento, já vivenciado pelos ativistas dos direitos das crianças e adolescentes, ganhou força com o caso Isabella Nardoni. Ocorrido em 2008, o crime de homicídio cometido contra a criança Isabella Oliveira Nardoni alcançou repercussão midiática nacional, gerando grande comoção social, pois fora praticado pelo pai, Alexandre Nardoni, e pela madrasta da vítima, Ana Carolina Jatobá. As pressões sociais para a punição aos agressores daquele caso, contribuíram para o aumento da preocupação e da responsabilidade da sociedade em geral em relação ao combate e prevenção à violência familiar. Essas pressões culminaram na criação do Projeto de Lei 7.672/2010, midiaticamente chamado de projeto da Lei da Palmada, formalmente de iniciativa da presidência da república. Observou-se, no entanto, que o referido projeto de lei permaneceu aproximadamente quatro anos sem aprovação pelas casas legislativas e, conseqüentemente, sem sanção pela presidência da república. Situação, entretanto, visivelmente modificada quando do acontecimento de outro crime praticado contra mais uma criança no seio familiar. Desta feita, a vítima foi o menino Bernardo Uglione Boldrini, assassinado no dia 04 de abril de 2014. Foram indiciados pelo Ministério Público o pai Leandro Boldrini, como mentor intelectual do crime, a madrasta da vítima, Edelvania Wirganovicz, o irmão dela, Evandro Wirganovicz, e ainda uma amiga da madrasta.

O referido projeto de lei, que recebeu então o nome de Lei Menino Bernardo, ou como já citado, Lei da Palmada, foram e permanecem sendo alvos de inúmeras críticas, que vão desde a sua desnecessidade e ineficiência, passando pelas teorias de inconstitucionalidade, a partir das valorações dos princípios da mínima intervenção do Estado na esfera privada da família e do poder familiar, até sua defesa teórico-metodológica, nos campos psicológicos, sociais, pedagógicos e, sobretudo, jurídicos.

A Lei 13.010 de 26 de junho de 2014, neste trabalho também referenciada como Lei da Palmada ou Lei do Menino Bernardo, alterou a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, na pretensão de estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, qualquer que seja o motivo ou pretexto, pelos pais, pelos membros da família ampliada, responsáveis, executores das medidas socioeducativas ou qualquer outra pessoa que esteja responsável pelo menor. A Lei

ainda preceitua o dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios de atuarem de maneira articulada para elaboração de políticas públicas que auxiliem na promoção e efetivação dos direitos dos menores, e na execução de medidas que coíbam as práticas de violência, seja que modalidade for, cometidas contra a criança e adolescente. Ela impõe também o dever de vigilância de toda a sociedade para denunciar as práticas de violência, seja na residência, na escola ou qualquer outro local onde a prática seja observada.

Afirma-se, segundo parte da doutrina defensora da Lei, que sua importância não se limita apenas a tutelar o direito do menor de ser educado sem palmadas, aliás, é extremamente necessário aqui esclarecer que a Lei não faz menção à palmada, mas sim, que a sua importância está em chamar a atenção para o problema maior, a saber, a violência doméstica que vitimiza o menor e traz malefícios à toda sociedade, como também, e sobremaneira, no fato de que a tutela civil pretende, antes de punir a família pela prática da violência, transformar a maneira de pensar e o *modus vivendi* de cada um de seus integrantes, no sentido de que todos possam contribuir com a realização dos interesses tanto do menor, quanto da própria família.

Não é pacífico, no entanto, o entendimento a respeito da necessidade do diploma legal, pois parte considerável da sociedade, a exemplo de figuras da classe política, entende e defende que é da família, seja ela com qualquer delimitação, a responsabilidade e a autoridade para a direção da educação e criação dos filhos. A sociedade prefere não interferir nas relações particulares da família e defende que o Estado não o faça. Esse discurso se fundamenta no princípio jurídico da liberdade ou da não-intervenção do Estado na família, previsto no artigo 1.513 do Código Civil de 2002, onde se encontra regulamentado que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou de direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Não podendo, desta forma, o Estado intervir coativamente nas relações de família, devendo fazê-lo apenas quando praticadas ações que efetivamente infringirem o direito. Uma crítica que se faz à Lei da Palmada, no sentido de diminuir a sua importância e necessidade, está no fato de a mesma pretender tutelar direitos já protegidos por outras legislações, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Observa-se, assim, calorosos debates a respeito da preocupação e ação do Estado, através do seu poder-dever de intervir na vida e esfera privada dos seus jurisdicionados, quando da ameaça ou lesão a direito positivamente protegido, em relação à responsabilidade dos pais sobre as práticas educativas aplicadas em face de crianças e adolescentes. Debates que trazem questões referentes ao exercício do poder familiar, seus princípios e limites, como também sobre a pretensão de punição àqueles que praticam violência doméstica contra crianças e

adolescentes, e ainda questões sobre os limites de interferência ou intervenção do Estado na família.

A partir das necessidades trazidas por essa realidade, tanto no âmbito jurídico, quanto social, e pela efervescência das ideias, algumas ilegítimas e vazias, outras possuindo algum embasamento teórico interdisciplinar, intimidadas, no entanto, pela escassez de doutrinadores que tratem de forma completa um assunto tão importante, sentiu-se o desejo pela pesquisa sobre o tema, no intuito de instigar novos debates, discursos e teorias com maior reflexão sobre o assunto.

Para tanto, o presente trabalho busca a compreensão do contexto histórico que circunda o Direito da Criança e Adolescente no Brasil, levanta questionamentos sobre a ideologia da Lei 13.010/2014, procurando trazer as razões e a sua motivação, posteriormente há de se procurar possíveis respostas para a seguinte pergunta: de acordo com a pretensão da Lei 13.010/2014, levando-se em consideração a sua eficácia, qual a importância e utilidade da chamada Lei da Palmada, e de que forma a referida Lei contribui para a concretização do direito da criança e do adolescente? Para produção deste trabalho de conclusão de curso, fez-se uso do método lógico-dedutivo, tomando como base as construções, primeiramente normativa, como também jurisprudencial e doutrinária, e ainda utilizou-se da pesquisa bibliográfica referente ao tema e que analisam as normas constitucionais e infraconstitucionais, jurisprudência, doutrina e artigos jurídicos, a qual será o método de procedimento específico do trabalho em questão, fazendo um breve paralelo entre os objetivos pretendidos pela referida lei e seu alcance prático, na pretensão de justificar a hipótese básica, alcançando respostas plausíveis aos desconcertantes questionamentos a respeito do assunto em tela.

O trabalho está dividido em seis capítulos. Após a introdução neste capítulo 1, faz-se um breve estudo sobre o direito das crianças e dos adolescentes e o poder familiar, levando em consideração a evolução histórica e a relação entre os institutos. Em seguida, analisa-se as normas que tutelam o direito das crianças e adolescentes, sendo as normas do Código Civil, as do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre se traçando um paralelo com a legislação objeto de estudo deste trabalho, a saber a Lei nº 13.010/2014, ou Lei Menino Bernardo, ou ainda, Lei da Palmada. Posteriormente, aprofundando-se um pouco mais no tema deste trabalho, passa-se à análise da relação entre o princípio do Melhor Interesse da Criança e o Direito da Criança e do Adolescente, buscando a intersecção entre os mesmos, na pretensão de demonstrar a essencialidade da aplicação do referido princípio para que se garanta efetivamente a integralidade do direito. Para tanto, buscou-se fazer um paralelo entre o exercício do poder familiar e o princípio em tela, como também, um breve estudo sobre a

intervenção do estado, sob a forma de aplicação da Lei da Palmada, e a consequente relativização, expressão que se mostrará imprópria para a lei em tela, do poder familiar, e, por último, uma análise discursiva sobre a realização do melhor interesse da criança. Em seguida, buscou-se trazer à discussão, o teor da Lei nº 13.010/2014, neste momento chamada de Lei Menino Bernardo, sua ideologia e eficácia, passando pelo estudo da nomenclatura da Lei, pelo processo legislativo, pelos efeitos do clamor social que permearam a edição da mesma. Fez-se ainda um paralelo entre a prática jurídica, comumente observada no Brasil, e a pretensão da Lei em tela, na busca de compreender a eficácia social da Lei da Palmada e, sobretudo, compreender e explicitar as contribuições da Lei para o Direito da Criança e Adolescente. O último capítulo traz a conclusão da pesquisa, demonstrando que o tema está longe de ser exaurido, que a pretensão da Lei da Palmada é legítima, mas que os institutos já tradicionalmente conhecidos devem ser mais valorizados e respeitados, o que por si só já resolveria os problemas da violência doméstica contra a criança e adolescente, que tantos malefícios traz, tanto aos integrantes da família como a toda sociedade.

## **2 DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE O PODER FAMILIAR**

O direito da criança e adolescente passou por inúmeras modificações ao longo dos anos. Mas foi com o advento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, que se tem de forma clara e objetiva a criminalização de todo tipo de violência. É neste diploma que se evidencia a importância da realização do princípio da dignidade da pessoa humana e, ao que se mostra necessário a este trabalho, os princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral.

Foi também na Constituição de 1988 que a família passou a gozar de especial proteção do Estado, tendo seu poder-dever claramente definido e protegido por normas e, sobretudo, por princípios que passam pela garantia do tratamento isonômico e da proteção de sua integridade, a saber, pelo reconhecimento de sua formação legítima ainda que diversa das estruturas historicamente reconhecidas e a manutenção da igualdade entre os membros que compõem o núcleo familiar.

Partindo dos princípios constitucionais adentra-se ao conteúdo necessário para a análise do tema proposto. Ainda que pareça que o direito da criança e do adolescente, tanto quanto sua condição de sujeito de direito em desenvolvimento, sofra relativização diante do exercício do poder familiar, verificar-se-á, com a análise das ideias doutrinárias que versam sobre o Direito de Família, mais especificamente sobre o instituto do poder familiar, e sobre o Direito da Criança e Adolescente, que essa aparência não se sustenta.

### **2.1 Evolução histórica do direito da criança**

A evolução histórica pela qual passou o direito da criança e adolescente até chegar ao momento que vivemos é analisada a partir das divisões atribuídas à História geral.

Na Idade Antiga, tomando como ponto de amostragem a sociedade romana, o menor não era reconhecido como tal, não havia distinção entre filhos menores e maiores. Todos eram propriedade dos pais e viviam sob sua autoridade. Os homens exerciam o direito de domínio sobre a família, seu poder estava fundado na religião, era do pai então a autoridade religiosa e familiar.

Verificou-se nesse momento histórico, que o direito dos filhos estava atrelado à condição de primogenitura, à de gênero e à de utilidade. O primogênito, que nascesse homem sem nenhuma deficiência, herdava as propriedades e o sacerdócio religioso. Aqueles que

nascessem apresentando alguma deficiência, à exceção do povo Hebreu, eram mortos e sacrificados em algum ritual. Como ensina a seguinte afirmativa:

Os gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com o objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, “patrimônio” do Estado. No Oriente, era comum o sacrifício religioso de crianças, em razão de sua pureza. Também era corrente entre os antigos, sacrificarem crianças doentes, deficientes, malformadas, jogando-as de despenhadeiros; desfazia-se de um peso morto para a sociedade. A exceção ficava a cargo dos hebreus, que proibiam o aborto ou o sacrifício dos filhos, apesar de permitirem a venda destes como escravos. (AMIM, 2016, p. 46).

Neste período não havia, portanto, tratamento isonômico entre os membros do núcleo familiar. Assim como os filhos, toda a família pertencia ao pai, que exercia autoridade e domínio sobre todos, incluindo também escravos e servos, esse era o *pátrio potestas*.

Na Idade Média, com o avanço do cristianismo, verificou algumas modificações na concepção a respeito do menor. Neste momento a criança começou a ser reconhecida como um sujeito de direito, como resultado da forte influência que a igreja exercia sobre o Estado. Apesar de os pais ainda terem o direito de castigar os filhos, já não tinha o direito de decidir sobre sua vida ou morte. Os sacrifícios foram abolidos. A igreja passou a prever punições para os pais que abandonavam ou expunham seus filhos. Mas o avanço não alcançou a pessoa do filho havido fora do casamento. Este, aos olhos da igreja, testemunhava contra a integridade do sagrado matrimônio, devendo permanecer à margem do direito.

O Brasil aparece nesse momento com as Ordenações do Reino, que garantiam ao pai a autoridade máxima no núcleo familiar, sendo-lhe resguardado a legitimidade do poder de castigar os filhos exercendo a função de educá-los, ainda que o resultado desses castigos fosse lesão ou morte.

Verificou-se ainda, agora com a vigência das Ordenações Filipinas, uma preocupação em delimitar uma diferença entre os infratores em relação à idade. Viu-se que, para os indivíduos de 7 a 17 anos poderia haver uma atenuação da pena. Para os jovens adultos, de 17 a 21 anos, o tratamento era similar ao dos adultos sem qualquer distinção. Mas para o crime de falsificação de moeda, a pena capital, o enforcamento, seria aplicada desde os 14 anos. Já com vigência do Código Penal de 1830, viu-se que o legislador se preocupou em introduzir no direito brasileiro o exame da capacidade de discernimento, considerando como inimputáveis os menores de 14 anos, mas podendo, segundo verificação de seu discernimento, encaminhá-los a casas de correção.

A situação sofreu algumas alterações com o decurso do tempo, delineada pelo conflito entre o cuidado com o menor infrator e a defesa da sociedade contra eles, mas foi apenas no ano de 1926 que se tem a publicação do primeiro Código de Menores, o qual cuidava apenas dos menores expostos e abandonados. No ano seguinte foi publicado o novo Decreto, de nº 17943-A, desta vez prevendo medidas preventivas e assistenciais para o tratamento com os menores em potencial risco de infração. Definiu-se neste Decreto a categoria das medidas punitivas com finalidade educacional para menores de até 14 anos. Para os menores de 14 a 18 anos a punição era realizada mediante a atenuação da responsabilidade. A preocupação, neste momento histórico, estava mais focada na correção do menor infrator segundo os paradigmas estatais, não havia a preocupação na valorização e manutenção dos vínculos familiares.

O problema aumentou gravemente, com índice baixo de reinserção esperada do menor na sociedade. Associando esse fato aos movimentos da Declaração dos Direitos do Homem, no mundo, percebeu-se a necessidade de uma mudança no tratamento institucional do menor, partindo do reconhecimento de ser este um problema de ordem social. Observa-se, portanto, a partir do ano de 1959, com a Declaração dos Direitos da Criança, o surgimento das bases para a doutrina da Proteção Integral.

No entanto, o que se seguiu foi o Golpe Militar, que reduziu a responsabilidade penal para 16 anos, até o último dia do ano de 1973, com a aprovação da modificação do artigo 33 do Código Penal de 1969, que restabelecia a inimputabilidade para os menores de até 18 anos. Tem-se em 1979 a publicação do novo Código de Menores, consagrando a doutrina da situação irregular, mas trazendo também a segregação da família como principal medida.

As maiores mudanças foram possíveis com o advento da Constituição de 1988, a qual aboliu a denominação pejorativa dada aos menores, agora, como no texto constitucional, são chamados de crianças e adolescentes. Dois anos após a vigência da Constituição cidadã temos o advento, agora não mais de um código de menores, mas sim do Estatuto da Criança e Adolescente. A adoção do novo termo foi de tamanha relevância porque

foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe está de ser apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infante-juvenil. É norma especial, com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional. (Ibidem, 2016, p. 52-53)

Tem-se agora a garantia de que o menor possui o direito consagrado da isonomia, da condição de sujeito de direitos em desenvolvimento, da proteção integral e da realização do melhor interesse da criança. Todos esses são princípios previstos e consagrados na Constituição e realizados mediante o Estatuto, como se verá adiante.

## 2.2 Poder familiar

Com fulcro no direito romano, o instituto do poder familiar carrega uma carga histórica de propriedade e dominação da família pela figura do pai, fato que causa aversão a uma parte da doutrina do Direito de Família e do Direito da Criança e Adolescente. A coisificação dos filhos era uma constante na relação familiar. Sobre os filhos o pai tinha poderes de dominação, determinando-lhes suas funções e destino, sem qualquer tolerância de questionamento. Podendo, para tanto, infringir-lhes os castigos corporais que entendesse necessários. Era essa uma prerrogativa do *pátrio potestas ou pater familiae*, à mãe estava relegada apenas a condição de colaboradora na educação dos filhos.

Muitos estudiosos protestam pelo abandono dessa denominação, justificando-se na desnecessidade da manutenção do elemento poder do antigo instituto. Atualmente, como se verá, defendem a ideia do *mínus* público, com a denominação de poder de proteção ou autoridade parental.

Com a mudança social vivida ao longo da história percebeu-se grandes modificações no instituto. A Constituição de 1988 consagrou uma especial proteção à família, como também trouxe princípios que consagraram a doutrina da proteção integral do menor. Neste sentido colaciona-se o seguinte trecho:

A evolução do presente instituto foi no sentido do termo “poder familiar”, antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um *mínus* público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação. (DILL e CALDERAN, 2009).

Modificado pelos avanços no ideário social e na legislação, o instituto do poder familiar se afigura hoje

como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor de idade, não emancipado, e que deve ser exercido no superior interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir

mão dele e não o podem transferir a título gratuito ou oneroso. (MACIEL, 2016, p. 152).

Ainda nesta mesma obra tem-se a delimitação da função pública do instituto, como também de suas características:

O poder familiar tem caráter de *múnus* público, logo os seus atributos são irrenunciáveis, pois se originam da lei e se protraem no tempo independentemente da vontade de quem os tem, uma vez que não são criados para o seu serviço e utilidade, mas em vista de um fim superior.

Este direito é indisponível, pois os pais não podem dele abrir mão; é inalienável, quer dizer, não pode ser transferido; é irrenunciável e incompatível com a transação. (Ibidem, p. 234).

Seguindo também essa ideia está o entendimento de Maria Helena Diniz, quando defende a necessária observação do melhor interesse da criança quando do exercício dos encargos do instituto em tela, pois a autora também elenca a responsabilidade dos pais sobre os filhos menores e sobre seus bens como imposição da norma jurídica, afim da realização do interesse e da proteção do menor, como traz na definição do poder familiar:

É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor na emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Tem por fim proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e bens. (DINIZ, 2007, p. 515).

O poder familiar, como visto, sofreu inúmeras modificações ao longo dos séculos, onde os componentes passaram da figura de propriedade do pai, possuidor único da titularidade do instituto e responsável pelo exercício do mesmo, à sujeitos de direitos protegidos pelo princípio da igualdade. Atualmente está albergado tanto pela norma constitucional, a qual prevê os princípios da proteção especial à família e da não intervenção no ambiente privado da família, mas também que traz como responsabilidade, imposta pelo princípio da proteção integral ao menor e da realização do melhor interesse da criança, de exercê-lo efetivamente, de forma a realizar todos os encargos do *múnus* público em referência, sob a vigilância do Estado, por meio das instituições que compõem a rede de proteção ao menor, quanto pelas normas civis do Direito de Família e especiais do Estatuto da Criança e Adolescente e as posteriores que lhes acrescentou mais tutelas, a exemplo da Lei nº 13.010/2014 que figura como objeto de estudo para este trabalho.

A família recebeu reconhecimento social e jurídico, estando assegurada sua existência ainda que não apresente a configuração originada pelo casamento, a presença de ambos os pais convivendo sob o mesmo teto, a existência apenas de filhos do casamento, ou mesmo a diversidade de sexos na composição da figura dos pais. Tal reconhecimento é atributo da realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, ambos também previstos na norma constitucional.

Percebe-se, portanto, que o advento da Constituição de 1988 foi o marco para as mais efetivas modificações no cenário jurídico e social do instituto em análise. Ressaltando-se a importância das normas que se seguiram e que se prestam a possibilitar os ideais constitucionais, a saber, o Estatuto da Criança e Adolescente e, como importa ao instituto do poder familiar, o Código Civil brasileiro.

Mister se faz lembrar o entendimento do instituto mais como um dever que poder. Sabe-se que o instituto trata da autoridade exercida pelos pais em conjunto em relação aos filhos menores e não emancipados, mesmo que fora da relação conjugal. No entanto, afirma-se que não há relação de subordinação, estando os sujeitos da relação familiar em par de igualdades. Afirma-se ainda, que a relação se perfaz no dever respeito, por parte dos filhos, à autoridade parental exercida pelos pais para a realização do interesse superior do bem da criança, ainda que esse interesse se sobreponha ao interesse privado de um dos pais ou mesmo de ambos. Em outras palavras, no instituto do poder familiar o rol dos deveres se sobrepõem aos poderes.

### **2.3 Panorama do direito da criança e adolescente**

No Brasil há entendimento pacífico na doutrina de que a Constituição de 1988 positivou os avanços ideológicos de proteção aos direitos humanos que ocorreram no pós-guerra pelo mundo, como também os avanços que ocorreram no Brasil durante a década de 1980, com a volta aos ideais de democracia e liberdade. Foi positivando os direitos perquiridos nos movimentos sociais desses momentos históricos que a norma maior recebeu o nome de Constituição Cidadã, como se vê:

A conjuntura político-social vivida 1980 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de órgãos sócias nacionais e internacionais, levou o legislador constituinte a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças, adolescentes e ao jovem 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. A responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre a família, sociedade e Estado, em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade. (AMIM, 2016, p. 59).

Os ideais sociais de valorização e pleno respeito à dignidade humana encabeçaram também os movimentos de defesa e proteção dos direitos da criança. Como visto, a doutrina da situação irregular que tutelava o menor antes da Constituição de 1988, a qual referenciava a preocupação do judiciário em relação ao tratamento do menor quanto a aplicação das medidas do Código de Menores, foi substituída pela doutrina da proteção integral, onde crianças e adolescentes são tidas como sujeitos de direitos. Em outras palavras, foi a mudança do comportamento altruístico da sociedade, que possuía caráter filantrópico e assistencialista, para o poder/dever do Estado, em conjunto com a sociedade e família, de garantir e realizar o melhor interesse da criança, agora com caráter obrigacional a realização de políticas públicas eficientes. Hodiernamente já não é mais do judiciário apenas o dever de buscar soluções para os conflitos resultantes do comportamento do menor, aparecendo-se a figura de um corpo complexo e articulado de sujeitos que deverão efetivar a defesa dos direitos da criança e adolescentes, como se tem no seguinte ensinamento:

Novos atores entram em cena: a comunidade local, por meio dos Conselhos Municipal e Tutelar; a sociedade civil através dos organismos não governamentais que integram a rede de atendimento; a família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar; o Judiciário, exercendo precipuamente a função judicante; o Ministério Público, como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infanto-juvenis estabelecidos na Lei Maior; sem esquecer a Defensoria Pública, os advogados, os comissários e os serviços auxiliares, através das equipes interprofissionais imprescindíveis ao cotidiano das varas da infância e juventude. (Ibidem, p. 53)

A Constituição Federal principia e norteia a ideologia para o tratamento social e jurídico do menor. Encontram-se em seus artigos 227 e 228 a tutela especial à criança e adolescente, como também a garantia de seu desenvolvimento protegido pelo tratamento diferenciado mesmo nos casos de cometimento de infração. Nestes dispositivos percebe-se quão tamanha é a valorização e importância dada à proteção do direito do menor. Tão forte é a expressão no sentido da proteção de direitos, que o artigo 227 coloca a criança como foco central de todas as preocupações constitucionais, determinando, *a priori*, que seus direitos e interesses devem ser observados, antes de qualquer outro interesse ou preocupação.

Ressalte-se mais uma vez que, o legislador inovou no artigo referido ao estabelecer a responsabilidade pela realização desses direitos à toda sociedade e não apenas ao próprio Estado, mas a este responsabilizou no sentido de dever encabeçar a execução das tarefas para promoção e defesa desses direitos, como em relação às estruturas necessárias à rede de proteção. O 227 determinou com veemência o dever da família, da sociedade e do Estado, de forma que

impõe o dever de agir com constância e permanência na defesa e promoção dos direitos da criança.

O artigo 228, apesar de não haver consenso na doutrina, é uma forma de proteção ao menor, que, pelo critério biológico, ainda não está inteiramente capaz de responder penalmente pelos atos que pratica. Daí a importância do tratamento especial dispensado aos menores de 18 anos pelo referido artigo. Sendo cláusula pétrea ou não, podendo ser modificada por emenda à Constituição ou não, afirma-se que o mesmo ainda é uma forma de realização do melhor interesse da criança e do direito protecionista em geral. Como se lê *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 8º A lei estabelecerá:

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

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

**Art. 228.** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

É, no entanto, no Estatuto da Criança e Adolescente, a Lei nº 8.069 de 1990 que se encontra os meios para a realização do direito referido. Este, como visto, é instrumento idôneo para a garantia, proteção e defesa do direito da criança. Publicado dois anos após a Constituição e no auge dos seus vinte e sete anos, o estatuto já passou por diversas modificações, mas todas no sentido de aumentar mais a efetividade de sua tutela e alcance do seu objetivo.

Em 2008 ocorreu a publicação da Lei nº 11.829, que aprimorou o Estatuto no combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizou a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia. No ano seguinte ocorreu a publicação da Lei de Adoção, Lei nº 12.010/2009, que garantia a realização do princípio da isonomia em sede de adoção, como combatia irregularidades no instituto. Em 2012 teve-se a publicação da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, modificando, pelo menos no plano ideológico, o caráter das medidas sancionadoras das infrações cometidas pelo menor. Neste mesmo ano tivemos a lei que dispunha sobre os Conselhos Tutelares, a Lei nº 12.696/2012, trazendo a obrigação da implantação de pelo menos uma unidade do Conselho Tutelar em cada município brasileiro. No ano seguinte tivemos a Lei nº 12.852/2013, que instituiu o Estatuto da Juventude e trouxe outras providências, como o Sistema Nacional de Juventude. Em 2014 tivemos a publicação da lei que norteia este trabalho, a saber a Lei nº 13.010, Lei Menino Bernardo, que instituiu o direito da criança de ser educado e cuidado sem o uso de castigos físicos, tratamento cruel e degradante. Em 2015 tivemos a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146. No ano seguinte tivemos a Lei nº 13.257/2016, que dispôs sobre as políticas públicas para a primeira infância. Em 2017 já tivemos a publicação da Lei nº 13.431 que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Neste mesmo ano tivemos a publicação da Lei nº 13.440/2017 que alterou o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 244-A, para acrescentar a pena obrigatória de perdimento de bens e valores em razão da prática dos crimes tipificados no aludido dispositivo legal.

O cenário deverá continuar mudando, cada vez mais adquirindo contornos protecionistas ao direito do menor, no sentido de dar mais efetividade às previsões constitucionais e suplementares em geral.

### **3 NORMAS DE PROTEÇÃO AO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

A Constituição Federal, já analisada neste trabalho, é a norma por excelência que instituiu o direito ao menor de existir na qualidade de sujeito de direitos, protegendo-o a partir da atuação conjunta do Estado, da sociedade e da família, e estabeleceu a previsão especial dos princípios e direitos da criança e adolescente em seus artigos 227 e 228. No entanto, a norma constitucional delegou à legislação complementar e especial a missão da realização dos preceitos consagrados na doutrina da proteção nela positivada, como ainda recepcionou as normas da legislação penal anterior à sua promulgação e vigência. Neste capítulo tratar-se-á das normas complementares e especiais que tutelam o direito da criança, a saber, as normas do Código Civil, as do Código Penal e o Estatuto da Criança e Adolescente, usando como base a tutela da Lei da Palmada.

#### **3.1 Normas do Código Civil**

O Código Civil brasileiro faz referência, em alguns artigos, à realização da doutrina da proteção integral e ao princípio do melhor interesse da criança. Vigente desde de janeiro de 2003, a Lei nº 10.046/2002 balizada pela Constituição vigente e pelos ideais do Estatuto da Criança e Adolescente tratou de extirpar as normas que legitimavam a diferença entre os integrantes do núcleo familiar, realizando, sobretudo, o princípio da isonomia.

Como visto, o Código de 1916 fazia diferenciação entre os filhos havidos dentro da relação matrimonial e dos filhos oriundos de relações diversas. Os pais também possuíam papéis hierarquizados no exercício do poder familiar. Apesar de passar por várias mudanças jurídicas, muitas delas oriundas de grandes avanços ideológicos e culturais da sociedade em geral, foi com a promulgação do Código Civil de 2002 que se demonstrou verdadeiramente o abandono das obsoletas práticas culturais de considerar apenas o homem como o legítimo detentor e exercente do poder familiar.

O novo Código Civil se apresentava declarando cabalmente a igualdade entre os pais, independentemente da relação que os mesmos apresentassem. Apresentava-se também elevando à mesma condição todos os filhos, não importando em que tipo de relação foram concebidos. Ressalte-se, que esse mesmo Código, em vigor há mais de 15 anos, passou por várias mudanças, todas alcançando o objetivo colimado na Constituição, qual seja, o de propiciar a dignidade da pessoa humana.

Veja-se que o artigo 1.596 do referido diploma traz, de forma clara e objetiva, a isonomia entre os filhos, vedando a prática discriminatória, que ainda se mostra comum nas relações familiares mais tradicionais, de desqualificação do filho havido de relação diversa do matrimônio. Diz o artigo 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”.

Já a isonomia entre os pais, independentemente da relação conjugal, ou mesmo após a contração de outro relacionamento, está positivada no artigo 1.634 que diz que “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (...)”. Dessa forma pode-se observar que o Código Civil é um instrumento idôneo para a efetivação dos direitos de qualquer cidadão, incluindo a criança ou adolescente e a família.

Ainda no artigo 1.634 temos a delimitação de algumas atribuições do poder familiar, fazendo-se necessária mais uma vez sua colação para a análise quanto à realização do direito da criança, referenciados pela doutrina da proteção integral:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Neste artigo o legislador se preocupou em garantir que a situação conjugal dos pais em nada interferisse no exercício do *múnus* público quanto à autoridade que devem exercer sobre os filhos em relação a eles mesmos e em relação à sociedade. É importante chamar a atenção para os incisos I e IX, que tutelam o direito dos pais de dirigir a criação e educação dos filhos que estão sujeitos ao poder familiar, como também o direito de exigirem obediência, respeito e as atividades que podem ser realizadas segundo as competências individuais dos filhos. É importante, no sentido de que o texto define essas práticas como atribuições do poder familiar. Os pais, além da proteção constitucional especial dada à sua família, ainda têm a afirmação de que podem exercer autoridade sobre seus filhos. A palavra exigência aparece para

confirmar a legitimidade da autoridade familiar sobre a criança e o adolescente. É, no entanto, mais importante ainda, que se chame a atenção para a outra face do pleno exercício desse poder.

Como vimos, o exercício do poder familiar se caracteriza bem mais pela função pública que a família exerce, tanto na efetivação da proteção integral quanto na realização do melhor interesse da criança, que na própria autoridade que se possa, aparentemente ou legalmente, exercer sobre o indivíduo. Assim, a palavra exigência se torna uma forma de constranger os pais a concretizar o plano constitucional da dignidade da criança. Exige-se que os pais, para perseguirem o direito de criar e educar seus filhos da maneira que entendem ser a certa e ainda obter respeito e obediência, realizem primeiro a sua função, que é de efetivar a prática da proteção integral, como está positivada na Constituição Federal em seu artigo 227 já analisado.

Ainda neste mesmo diploma temos a previsão para a cessação da prática desqualificada do exercício do poder familiar. Está no artigo 1.637, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.  
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Sendo o instituto do poder familiar um *mínus* público, e não sendo este realizado na forma prevista em lei, o poder público deverá intervir no núcleo familiar para proteger a integridade física e psicológica do menor. O artigo colacionado acima prevê a suspensão do poder familiar, mas pela inteligência do texto observa-se que esta é a última medida que deverá ser adotada pela tutela civil em análise. Note-se que o legislador estabeleceu a legitimidade do critério da discricionariedade do juiz para adotar a medida adequada, observando o caso concreto. Ressalte-se nesta feita, a possibilidade de o juiz entender, no caso concreto, que se a contingência é de necessidade de intervenção mínima, poderá ele então estabelecer aquelas orientações do Estatuto da Criança e Adolescente previstas no artigo 129.

Ressalte-se também que, ainda que muitos críticos da doutrina da proteção integral militem pela não intervenção do estado na família, ideal até legítimo pois é princípio constitucional a intervenção mínima do estado, afirma-se que o Estado é o detentor por excelência do *jus perseguendi* ao direito da criança que esteja sendo violado, pois é mais legítimo ainda a proteção constitucional dada à família positivada no artigo 227, § 8º, que informa que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a

integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Veja-se que, o Estado só poderá garantir os mecanismos que coibam a violência se interferir na vida privada da família. Ainda neste ideal, o Código Civil traz em seu artigo 1.638 que

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
I - castigar imoderadamente o filho;  
II - deixar o filho em abandono;  
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;  
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.  
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

É neste ponto que o Código Civil sofre os maiores ataques no tratar da proteção e defesa do direito da criança. É consenso na doutrina que o legislador falhou ao especificar vagamente como hipótese de perda do poder familiar o castigo imoderado da criança. Opta-se, no entanto, pela ideia de que o legislador tratou apenas das hipóteses de perda do poder familiar. Ele pecou apenas ao não se preocupar em definir o que seria o castigo imoderado para fins desta sanção.

O problema apontado pelas críticas mais contundentes está no fato de referir-se apenas aos castigos imoderados, o que pela ausência da discriminação do moderado, estar-se-ia, portanto, permitindo esta modalidade de castigo.

No entanto, como já iniciado o pensamento acima, o referido artigo trata apenas das hipóteses que incorreriam na sanção de perda do poder familiar, uma vez que o texto usa o imperativo perderá. Nessa esteira de raciocínio, portanto, o castigo moderado, não está permitido, pois ainda que não configure hipótese de extinção do poder familiar, observando-se o caso concreto, poderá configurar hipótese de violação do direito da criança, de forma que, pelo princípio da proporcionalidade, caiba sanção diversa e menos gravosa que a prevista no artigo 1.638 em comento.

Afirma-se, portanto, com fulcro no que observamos no diploma em tela, que é dever da família exercer o poder familiar sob a forma de realizar a proteção integral do menor, seguindo os paradigmas de garantia do melhor interesse da criança, afim de que essa criança se desenvolva plenamente e esteja salvo de toda forma de negligência e violência. É, portanto, o Código Civil um instrumento idôneo sim para o combate à violência e a defesa do direito menorista. Um instrumento que está em constante diálogo com as demais normas protetivas para assegurar a realização da proteção integral dos direitos da criança e adolescente.

### 3.2 Normas do Código Penal

O código penal condena a violência contra a criança, em alguns trechos está prevendo a prática como conduta criminosa e assim comina-lhe uma pena, em outros a prevê como causas de aumento de pena ou qualificadora da conduta criminosa.

Para este trabalho importa tratar da conduta tipificada como maus tratos, artigo 136. Neste se encontra a definição legal do tipo penal como

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

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

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Veja-se que a tipificação alcançou tanto as práticas quanto a motivação. Temos que a norma penal pela sua natureza jurídica é taxativa, descrevendo assim as condutas que configuram o crime de maus tratos. Ainda, alcançou o legislador o dolo do agente, referindo-se à finalidade que almeja com o emprego da conduta, a saber, educação ensino, tratamento ou custódia.

Levando-se em consideração a legislação objeto de estudo deste trabalho, elenca-se as motivações que não podem embasar a prática de qualquer modalidade de violência, ou tratamento cruel ou degradante. No texto da Lei nº13.010/2014, encontramos as mesmas especificações da lei penal, a saber, a correção a disciplina e a educação, fechando qualquer brecha pela possibilidade de apresentar a lei civil uma conduta punível por meio de um rol exemplificativo, utilizando a expressão “ou qualquer outro pretexto” no artigo 18-A.

Na doutrina é encontrado um conceito mais elaborado para a configuração da conduta de maus tratos, que é concebida

como todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que - sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico a vítima - implica de um lado, numa transgressão do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Depreende-se que tanto os maus tratos quanto a violência doméstica podem ser classificados em: físicos, psicológicos (emocionais), sexuais e negligência (omissão). (CINTRA, 2008).

Temos neste conceito alguns elementos determinantes para a configuração da prática de maus tratos, os quais embasam a legislação de proteção do direito da criança em geral. Os castigos físicos, psicológicos, sexuais e a negligência configuram o crime do artigo 136. Ressalte-se que mesmo podendo os castigos sexuais configurarem o crime de maus tratos, essa conduta está prevista nas normas dos artigos 213 a 216-A, que trata dos crimes contra a liberdade sexual, e quando praticada contra a criança ou adolescente, é punida na forma do artigo 244-A do Estatuto como crime de exploração sexual.

O elemento psicológico pode ser caracterizado pela interferência destrutiva realizada pelos pais ou responsáveis sobre a criança. Este tipo de castigo se apresenta sob uma forma de difícil constatação, pois não deixa vestígios, o que impossibilita a sua configuração. Entretanto, é um comportamento que pode causar danos irreversíveis, dependendo do grau de ação do agente e da vulnerabilidade da vítima. A modalidade psicológica do tipo penal de maus tratos, como ensina Cintra (2008), “se configura por rejeições, hostilidade, frieza, agressões verbais, depreciação, desrespeito, discriminação, exigências incompatíveis com a idade da criança ou adolescente, chantagem e etc.”

Quanto à modalidade negligência, sabe-se que ela se configura pela omissão dos pais e responsáveis em não dispensar o cuidado essencial à cada fase do desenvolvimento da criança. Ocorre pela inobservância da necessidade alimentar, ou seja, quando não é alimentado adequadamente, ou quando não é dispensada a proteção e supervisão necessárias para evitar ou cessar a situação de perigo ou dano efetivo que a criança esteja exposta.

Importante destacar ainda, que nesta modalidade observa-se uma aproximação de seu conceito com os tipos penais do abandono, também tipificado na legislação em comento em seu artigo 133, a saber, abandono de incapaz, e nos artigos 244, definido como abandono material, e 246, definido como abandono intelectual.

O Código Penal ainda traz a proteção contra a violência que potencialmente cause dano efetivo à criança. Está definido em seu artigo 129 como o crime de lesão corporal que possui qualificação quando impetrada sobre o núcleo familiar, como está assim definida:

**Lesão corporal**

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

Pena - detenção, de três meses a um ano.

**Violência Doméstica**

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

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

Importante ressaltar, que a pena para quem pratica a violência na tipologia da lesão corporal qualificada como violência doméstica sobe na máxima de um para três anos. Destaque-se, portanto, que essa violência está tipificada como conduta criminosa na legislação mais efetiva que se tem no Brasil em relação ao combate da conduta criminal, conforme ensinamento da doutrina defensora da importância da seara penal, que a apresenta como a última *ratio*. Dessa forma, pode-se afirmar que, preocupando-se o legislador do super direito, expressão atribuída em razão do princípio da última *ratio*, com a violência que se pratica dentro do ambiente familiar por um integrante desse núcleo, e que seja praticada contra descendente, a saber o filho ou neto, ou mesmo irmão, na forma que se apresentar a vítima da violência familiar infantil, a doutrina da proteção integral também está presente na legislação em tela, de modo que ela se apresenta idônea, aliada às demais normas de proteção do direito menorista, ao combate da violência impetrada contra o menor, e à realização do melhor interesse da criança e adolescente.

### 3.3 Estatuto da Criança e Adolescente

O Estatuto da Criança e Adolescente figura como objeto de estudo analisado em momentos anteriores neste trabalho. Para o momento, perfaz-se importante destacar as normas que já tutelavam de forma eficiente o direito pretendido pela lei objeto de análise deste trabalho, a saber a Lei da Palmada, antes de sua vigência.

Primeiramente destaca-se o artigo 4º, *in verbis*:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Importa atentar aqui para a positivação da doutrina da proteção integral, consagrada, *a priori*, na Constituição de 1988. Atente-se ainda, para a afirmação da condição da criança como um sujeito de direitos, detentor de especial proteção por meio da ação conjunta da família, da sociedade e do Estado, e do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual por si só obriga a todos à efetivação do respeito devido a toda criança. Essa é também a regra do artigo 4º, a seguir colacionado:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Como já dissemos, a regra está disposta no sentido de obrigar a família, a sociedade e o Estado a realizarem a doutrina e os princípios que efetivarão o direito do menor, sob pena de ser responsabilizado administrativa, civil e criminalmente, conforme o caso concreto. Ainda neste raciocínio está a disposição normativa do artigo 5º, que informa que “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Entretanto, para a configuração casuística da violação do direito tutelado na norma em tela, o legislador atentou para a essencialidade das definições conceituais inerentes a *práxis* protetiva definindo, em seu artigo 17, em que consiste o direito ao respeito, a saber, na “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Perseguindo o objetivo de efetivar a proteção à criança o mesmo diploma, agora em seu artigo 18, determina a todos o dever de atentar, realizando e garantindo, para a dignidade da criança como pessoa humana em desenvolvimento, para que se alcance os fins colimados tanto na Constituição Federal quanto em todos os princípios de proteção do direito menorista, elencados desde os primeiros artigos aqui comentados. E, percorrendo um pouco mais o texto estatutário, encontra-se mais uma vez positivado o ideal de impor sobre todos a responsabilidade desse cuidado, como se vê no artigo 70, onde temos a prescrição de que “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. Para tanto previu o legislador o dever que determinados indivíduos tem de, em caso de observância de indícios que possam ter resultado de qualquer violação do direito tutelado, informar a autoridade competente. São exemplos o artigo 56, inciso I, que prevê os dirigentes de estabelecimentos de ensino, e o artigo 245, que especifica como infração administrativa e sob pena de multa, o ato de

Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Sabe-se, no entanto, que na esfera privada do ambiente familiar, como pretende parte da doutrina que milita pela desnecessidade da Lei Menino Bernardo, em estudo neste trabalho, sob o enfoque da intervenção excessiva do Estado na família, que as medidas devem ser aplicadas quando de sua real necessidade, o que só poderá ocorrer mediante o estudo técnico e qualitativo do caso concreto. É essa a preocupação do legislador ao editar o artigo 100, preferindo-se as medidas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, e que levem em consideração as necessidades pedagógicas. Mas deve-se ter em mente, que a intervenção no núcleo familiar é legítima e necessária quando da observação de indício de violação de direitos, como já defendido e explicado neste trabalho. Veja-se o referido artigo, incisos I, II e VII:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas,

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

Observa-se que o legislador estatutário, a exemplo do constituinte, apontou como princípios a serem obedecidos, quando da proteção e defesa do direito menorista e da aplicação das medidas protetivas, o da dignidade da pessoa humana, inciso I, o da proteção integral, inciso II, e o da intervenção mínima, inciso VII. Este último, importa ressaltar, visa minimizar qualquer trauma que possa resultar do processo que deve ser adotado quando da intervenção de terceiros na relação familiar, pois em muitos casos ocorre a aposição da figura paterna como um criminoso, que deve ser afastado do lar por representar risco à integridade do próprio filho. Esse fato, quando desnecessário, causa irreparáveis danos à criança e ao vínculo familiar em geral, tanto emocionais quanto culturais. Prima-se, portanto, pela qualidade do atendimento, afim que se garanta a essencialidade da medida a ser adotada.

O estatuto da Criança e Adolescente prevê como medidas necessárias à cessação do quadro de violência, que eventualmente possa se apresentar, as definidas em seu artigo 129, aqui elencados os incisos I a VI por possuírem relação direta com o direito que a Lei Menino Bernardo pretende tutelar, *in verbis*:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

Neste ponto, mister se faz ressaltar, que o inciso I possuía redação menos abrangente que esta que ora se apresenta. Esta fora dada pela Lei nº 13.57 de 2016, a saber, a lei que trata das políticas públicas para a primeira infância. A redação anterior limitava-se à previsão de encaminhar a programa oficial ou comunitário de proteção à família. Agora refere-se também a serviços, como exemplo cita-se os serviços de assistência social e financeira que devem ser prestados pelo Estado, e aos termos apoio e promoção da família, evidenciando a preocupação do legislador em garantir o sucesso das políticas públicas, uma vez que se entende a importância da família na formação social que se almeja.

O Estatuto foi inovador quanto aos ideais de aplicar medidas de proteção, não apenas referentes ao menor, como ocorria na legislação anterior. No artigo acima citado temos a preocupação com o tratamento daquele que cuida e responde pela criança, pois estava perfeitamente consciente de que determinadas contingências de violência se dava em famílias desestruturadas. Pensando em tratar o núcleo familiar o legislador trouxe as previsões em tela. Percebe-se assim que se caracteriza a inovação do Estatuto da Criança e Adolescente

tendo em conta que a legislação menorista até então vigente, embora tenha se dedicado ao tema, o fez de forma tímida, por meio do elenco de cinco medidas de feição nitidamente punitivas aos pais e responsáveis legais, tais como a advertência e a perda ou a suspensão do “pátrio poder”. (TAVARES, 2016, p. 746).

E ainda que

Algumas dessas medidas, diferentemente do sistema anterior, tem caráter nitidamente protetivo e pedagógico, o que demonstra o reconhecimento, pelo legislador, que, por vezes, mais vale também investir e proteger a toda família do que simplesmente punir os seus integrantes adultos. (Ibidem, 2016, p.747).

Importa atentar mais uma vez para o fato de que, a norma em tela, vigente ao tempo do processo legislativo da Lei da Palmada, é também idônea e suficiente para o combate, a defesa e a promoção dos direitos que pretende a Lei nº 13.010/2014 tutelar. Afirma-se, dessa forma, que ainda que houvesse obscuridade, lacuna ou mesmo inexistência normativa na

legislação constitucional, observou-se que os Códigos Civil e Penal, juntamente com o meio mais eficientemente de pôr em prática a doutrina da proteção integral, ou seja, o Estatuto da Criança e Adolescente, mostravam-se necessários e suficientes para o combate a violência impetrada sobre a criança dentro do núcleo familiar.

Não havia, portanto, qualquer desculpa que legitimasse a conduta violenta e negligente, que pudesse resultar em perigo ou dano efetivo à integridade física ou psicológica da criança, que os pais, responsáveis, familiares consanguíneos ou afins, e demais integrantes do núcleo familiar pudessem apresentar para fins de justificação de seu comportamento. Mesmo antes da Lei Menino Bernardo, os institutos acima analisados eram idôneos e bastantes para evitar, combater e punir a violência perpetrada contra o menor. Não fora a ausência da Lei nº 13.010/2014 que possibilitara o resultado morte das crianças Isabella e Bernardo. Como também não é a existência dessa mesma lei que impedirá que os casos de violência familiar contra a criança permaneçam se reproduzindo pelo Brasil. Mas ela, apesar de não atender aos anseios sociais que aceleraram sua tramitação, tem o seu mérito, pois trouxe algumas contribuições ao direito da criança e adolescente. Para o momento atente-se ao entendimento de que a lei por si só não extirpa a violência da sociedade, como não extirpa todo o crime a legislação penal. E ainda, que a lei em tela possui normas civis de caráter orientativo e pedagógico, ou seja, não gravosas, como pretendia o clamor social, quando protestava por normas mais duras para o agente causador da violência infantil.

Nesta esteira, aponta-se como parte da causa desse triste fato, como observado na doutrina e no discurso histórico ao longo da produção deste trabalho, a cultura social da mania de bater, ou seja, a reprodução do comportamento historicamente aceitável, viciado e viciante. Viciado na forma de impossibilitar o entendimento da condição de ser a criança um sujeito detentor do direito à dignidade e respeito. Viciante na medida em que a primeira palmada ou o primeiro castigo é sempre irrisório, no ideal de demonstrar apenas o não físico. A reprodução constante desse não físico aumentará indubitavelmente a intensidade do castigo. Restará assim, um comportamento rotineiramente agressivo e violento, de maneira que o não já não será mais verbal. Neste cotidiano, somente o Estado poderá intervir, sendo o legítimo detentor do *jus persequendi* e *jus puniendi*, para fazer cessar a situação de violência, para garantir a reparação do dano, quando possível, e para realizar o melhor interesse da criança aos olhos da doutrina da proteção integral. Importa ressaltar, que o Estado inerte, desprovido das estruturas necessárias ao combate à violência é a outra parte da causa do resultado tão gravoso como se apresentou nos casos citados, a saber, a morte das duas crianças pelos pais e integrantes da família ampliada.

## **4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A INTEGRALIDADE DO DIREITO**

Muito se tem observado críticas à tutela protecionista estatutária, e mais especificamente à Lei da Palmada, consistentes na ideia de que incorre em uma inconstitucionalidade, a norma que prevê sanções àqueles pais e responsáveis que castigarem seus filhos, mesmo quando da prática de comportamento desaprovável, ou quando a conversa não está resolvendo e o limite precisa ser imposto com mais veemência. Parte da doutrina milita fortalecendo seu discurso no princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada da família, no da proporcionalidade da medida protetiva a ser aplicada combinada com o princípio da insignificância, ainda, no princípio da proteção especial à família e, por último, nos atributos do poder familiar.

No entanto, todos esses argumentos, ainda que válidos, constitucionalmente legalizados, e legitimados pelo ideário social, não subsistem ou não se sobrepõem ao princípio do melhor interesse da criança, também chamado de interesse superior da criança, princípio tido como de maior importância, talvez alcançando a qualidade de meta princípio. Veremos neste capítulo a necessária redefinição conceitual pela qual passou os institutos referidos, utilizados como embasamento para criticar a doutrina da proteção integral vislumbrada e entendida pelo legislador constituinte como essencial ao desenvolvimento saudável de toda a sociedade. Retornaremos à defesa de que o exercício do poder familiar deve se dar de maneira a realizar esse meta princípio, ainda que sofra alguma relativização.

### **4.1 Exercício do poder familiar e a pretensão do melhor interesse**

Como vimos, o poder familiar passou por inúmeras modificações até alcançar os moldes que se apresenta atualmente. Possui como norte maior o dever de cuidar dos filhos menores e mantê-los a salvo de qualquer forma de violência ou negligência.

Vários são os princípios informadores desse instituto. Para o momento, importa lembrar os princípios da liberdade da família, ou da intervenção mínima do Estado na família, ou, como prefere alguns, simplesmente da não-intervenção, e o princípio do melhor interesse da criança.

Prevê o artigo 1.513 do Código Civil brasileiro que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Esta é a consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção, nas palavras de Flavio Tartuce,

segundo a hermenêutica do Direito de Família. Este princípio é essencial para a segurança que os pais devem ter para bem realizar os deveres inerentes ao *mínus* público em tela, como também para garantir os fins a que se destina a família em relação à sociedade, a saber, a realização da função social da família. Neste entendimento está a afirmativa de Cassionato, Cassionato e Dias (2016, p. 77):

A liberdade na família é extremamente necessária para que seus membros exercem sua dignidade de forma plena. No entanto, para que a igualdade e o respeito entre os seus membros se efetivem é imprescindível que o Estado esteja presente de forma a fiscalizar e intervir quando necessário em prol do mais frágil. Somente assim que se atinge a igualdade ao buscar uma efetiva proteção dos mais frágeis nas relações familiares.

Veja, que a preocupação do autor em definir o princípio da não-intervenção também passa pela preocupação em ressaltar a legitimidade e imprescindibilidade da intervenção do Estado, sob a forma presente de fiscalizador e garantidor dos direitos e liberdades individuais, inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente daquele indivíduo mais frágil da relação familiar, a criança ou o adolescente.

A partir desse entendimento temos uma ligeira evolução expressiva do conceito de poder familiar, que deve ser tomado como o exercício da autoridade dos pais, não se preferindo neste momento específico a expressão sobre os filhos, mas como ensina Berlini (2014), sempre em benefício dos filhos, daí sua limitação e, por conseguinte, a vedação a qualquer tipo de violência dos pais para com seus filhos. Ainda segundo ensinamentos da mesma autora

O poder familiar, outrossim, não deve ser entendido como direito subjetivo, mas analisado na perspectiva de situação jurídica, cuja estrutura não prevê polos ativos ou passivos, ou seja, partes detentoras de direitos e deveres. Mesmo porque há situações nas quais estão presentes momentos de poder e de dever. São as situações complexas. (BERLINI, 2014, p. 54).

São nas situações complexas que se manifestam as maiores dificuldades no delimitar da qualidade das ações referentes ao exercício do poder familiar. Apenas conhecendo técnica e profundamente a realidade em que se apresenta o menor, vítima da violação de seus direitos básicos fundamentais, é que se poderá definir quando é necessária a intervenção estatal, quando será essencial a aplicação de medida protetiva e qual será a medida estritamente cabível ao caso concreto. Dessa forma, concretiza-se as pretensões da doutrina da proteção integral, da função social da família, do princípio da intervenção mínima do Estado, princípio da proporcionalidade e o princípio do melhor interesse da criança, de forma que, conseqüentemente, concretizar-se-

á o princípio da dignidade da pessoa humana para todos os integrantes do núcleo familiar. Este ideal é observado também no discurso de Amim (2016, p.72):

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do interprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

É necessário atentar ainda, para a indispensabilidade da capacitação de todos os envolvidos pelo dever de realizar o melhor interesse da criança. Em relação aos pais e responsáveis, na efetivação do papel do estado na prestação das políticas públicas necessárias a garantir o planejamento familiar e as condições básicas de educação, saúde e segurança, essenciais ao desenvolvimento de qualquer indivíduo. Em relação aos atuantes na esfera institucional de combate à violência infantil, a capacitação deve ser tanto técnica quanto estrutural, pois, como na realidade se apresenta é

Indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família. (Ibidem, 2016, p.73).

Reputa-se, mais uma vez, buscando de fato a redundância, tamanha importância do assunto, pela prescindibilidade da valorização da formação técnica e constante capacitação dos sujeitos que farão o atendimento da criança pois

É a partir do caso concreto que se verificará a melhor solução para a criança vítima da violência doméstica, em consonância com o princípio do melhor interesse, capaz de garantir em todos os casos o respeito aos direitos fundamentais e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao analisar os casos de violência doméstica, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado, sem perder de vista sua real dimensão, que ora nenhuma abrange ou tolera a violência contra o menor, pois é corolário do sistema de proteção integral, a que toda criança e adolescente estão submetidos. (BERLINI, 2014, p. 67).

A conclusão do assunto ora em tela, não poderia se dar de maneira diversa que não fosse pela defesa da ideia de que o exercício do poder familiar deve se dar exclusivamente sob a forma de realizar o princípio do melhor interesse da criança. Dessa forma, defendendo-se também a ideia de que apenas no exercício do poder familiar, de forma segura e plena, é que esse interesse será realizado, ou seja, somente a família poderá factualmente garantir que o melhor interesse ocorra, para tanto deve exercer o *múnus* público com a consciência social de

estar cumprindo o dever de garantir o desenvolvimento sadio da criança, com a consciência de que deve mantê-la resguardada de toda e qualquer forma de violência ou negligência. Quando ocorrer a quebra da segurança do poder familiar, ou sua limitação legítima, ou qualquer das formas de intervenção estatal na família sob a forma de sanção, ver-se-á que é porque o melhor interesse da criança já não estava sendo realizado. Em outras palavras, ainda que a intervenção estatal ocorra sob a forma de aplicação de medida protetiva, mesmo que proporcional e necessária, ou seja, de acordo com a estrita necessidade e suficiência do e para o caso concreto, observar-se-á que já não se prestava a proteção integral devida e bastante. Esta, de outra forma, concretizada estará, e, conseqüentemente, realizado também o princípio do melhor interesse, quando a intervenção estatal na família ocorrer sob a forma de prevenção da violência, antes mesmo de sua potencial ameaça, antes até do que prevê o princípio da intervenção precoce, previsto no artigo 100, inciso VI, da norma estatutária, que informa que a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida. A prevenção efetiva será efetiva verdadeiramente, ressalvados os casos excepcionais de anomalia psicológica do agente, quando os meios para o exercício da função social da família e dos encargos intrínsecos ao *múnus* público em tela estiverem garantidos, ao menos em sua essencialidade. Assim, teremos o detentor da autoridade oriunda do poder familiar como uma figura consciente e capaz, munida de todos os instrumentos e garantias, para realizar este meta princípio, idealizado e positivado no direito brasileiro. Em contraponto, questiona-se retoricamente como poderia um pai garantir o direito à moradia e segurança do filho menor, quando ele mesmo não tem onde morar? Ou ainda, como poderia oferecer educação, quando seus recursos financeiros não lhe propiciam a oportunidade e o Estado não oferece escola gratuita que esteja dentro das condições geográficas da criança? Ou como poderia garantir a assistência e acompanhamento necessários, quando precisam encarar jornada dupla de trabalho na busca para a satisfação das necessidades básicas de toda a família? Estes questionamentos são apresentados com a idealização de despertamento social para o problema da impossibilidade real do exercício do poder familiar sem a intervenção do Estado. Essa intervenção deverá se dar, seja na forma efetivamente preventiva ou sob a forma sancionatória.

#### **4.2 A intervenção estatal e a relativização do poder familiar**

Vimos até aqui que o poder familiar se configura atualmente como uma função, um *múnus* público. É a autoridade exercida pelo pai em benefício do filho menor afim de que este

realize o melhor interesse da criança e garanta a concretização da proteção integral e a dignidade humana dos sujeitos de direito em desenvolvimento, a saber, a criança e adolescente.

Vimos ainda, que o exercício do poder familiar deve se dar sob a delimitação do direito brasileiro, segundo seus princípios e normas. Daí se falar ser legítima a intervenção necessária do Estado no ambiente privado da família para garantia das liberdades individuais e proteção e promoção dos direitos fundamentais de todos os integrantes do núcleo familiar. A respeito da necessária intervenção do Estado sob a forma sancionatória defende Berlimi (2014, p.84):

Além disso, para a caracterização da violência doméstica, é imprescindível a atuação do Estado, já que a criança e o adolescente são incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Só que, nesses casos, seus representantes legais são os violadores de seus direitos fundamentais, ao praticarem a violência familiar, o que incompatibiliza a noção de representação e defesa dos interesses dessas crianças e adolescentes vitimizados.

Ainda quanto à defesa da necessidade da intervenção estatal no exercício do poder colaciona-se a seguinte conclusão:

Nesse diapasão a intervenção estatal se justifica de forma a garantir que a liberdade não se torne libertinagem. O interesse social e estatal, no caso da criança, é sim maior que a autonomia familiar. Qualquer ato que prejudicar o livre e saudável desenvolvimento da criança há de ser reprimido e punido pelo Estado. (CASSIONATO, CASSIONATO E DIAS, 2016, p.79).

O refletir sobre a intervenção do Estado na família traz à razão a real motivação do contrato social e a do estado democrático de direito. Para o momento, sem qualquer pretensão de analisar os dois temas neste trabalho, ressalta-se apenas a existência necessária de normas, sejam elas positivadas ou principiológicas, que delimitarão todas as relações sociais. Portanto, para o pleno exercício do poder familiar entende-se que é intrínseco a intervenção estatal, pois sendo atribuição do poder familiar a realização do princípio maior da promoção da dignidade da pessoa humana da criança, não haveria realização sem a presença do Estado, ainda que apenas sob a forma de fiscalizador dessa realização.

Defende-se, portanto a impropriedade das expressões atribuídas pela crítica ferrenha à legislação protecionista em comento, quando da afirmação de que sofre relativização o poder familiar quando da intervenção estatal prevista na Lei Menino Bernardo, objeto de estudo deste trabalho. Importa ressaltar outra vez, que a imprescindibilidade dessa intervenção também passa pela satisfação do dever estatal de fazer a sua parte, como defendido no tópico anterior, neste sentido mais uma vez colaciona-se o entendimento de Berlimi (2014, pp. 86-87):

Nesse sentido, algumas medidas devem ser tomadas pelo Estado para que, desde já, a violência seja combatida. Dentre elas é possível citar a implementação de políticas públicas, com investimento na educação, saúde e trabalho; fomento às pesquisas, para que se tenha noção da dimensão do problema e das suas reais causas e consequências; instalação e fornecimento de boa estrutura aos Conselhos Tutelares, para que, constatando a violência doméstica, seja possível fazer um atendimento de qualidade, capaz de solucionar o problema, imprescindível, portanto, a capacitação dos profissionais atuantes nos conselhos; e, também, a garantia de um serviço polícia eficiente e o respaldo jurídico necessário à garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Dessa forma, temos que, não há que se falar em relativização do poder familiar imposta pela intervenção do Estado na família prevista especificamente na Lei nº 13.010/2014, pois quando ocorrer a intervenção estatal, seja sob a forma efetivamente preventiva ou sob a forma sancionatória da violência doméstica infantil, estar-se-á garantindo o exercício pleno do poder familiar, uma vez que é imperativo ao detentor deste *mínus* realizar o melhor interesse da criança, ainda que este interesse divirja do próprio interesse subjetivo do pai, e ainda, uma vez que a lei em tela não prevê qualquer impedimento ao exercício do poder familiar e de seus deveres e atributos, ou como pretende alguns, poderes. O Estado, *a priori*, assim como a sociedade e a família, são responsáveis diretos pela promoção e defesa dos direitos da criança. Quando o pai ou responsável falha no exercício dos atributos do poder familiar definidos em lei o Estado deverá garantir que a plenitude desse instituto retorne ao seu *status quo ante*, não havendo, portanto qualquer diminuição ou relativização de sua autoridade ou atribuição.

## **5 LEI MENINO BERNARDO: ideologia e eficácia**

Como visto no transcurso deste trabalho, a expressão palmada, em nenhum momento, possui referência na legislação em comento. Ver-se-á neste capítulo a terminologia que a define, como também um breve relato sobre o processo de feitura da mesma, sobre a forma como a comunidade jurídica, segundo as poucas produções científicas referentes a ela, tem-na tratado, de acordo com a sua pretensão e objetivos, quando de seu nascimento, e ainda uma compilação sobre seus efeitos na comunidade em geral. Por fim, será tratado a questão sobre as contribuições da Lei da Palmada para os direitos das crianças e adolescentes no Brasil.

### **5.1 Nomenclatura da lei nº 13.010 de 2014**

A expressão Lei da Palmada fora atribuída, pela comunidade e pela mídia em geral, ao Projeto de Lei nº 7.672/2010, apresentado pelos deputados Paulo de Tarso Vannuchi, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto e Marcia Helena Carvalho Lopes. O mesmo tramitou em meio a alguns debates políticos, científicos e sociais, sendo votado simbolicamente sob forte pressão da comunidade social, sem que se atentasse para os efeitos que essa norma alcançaria, ou pretendia alcançar. Fora sancionada em 26 de junho de 2014 a Lei nº 13.010/2014, trazendo dispositivos legais a respeito de algumas alterações no ECA, com o objetivo principal de estabelecer aos menores o direito de serem educados e cuidados sem o emprego de violência física ou psicológica e de tratamento cruel ou degradante.

Além de ser conhecida como Lei da Palmada, a norma em comento foi oficialmente batizada de Lei Menino Bernardo, em referência ao menino Bernardo Uglione Boldrini, vítima fatal de violência doméstica infantil, assassinado em abril de 2014. No entanto, suas origens são anteriores.

Como visto, alguns movimentos em relação à proteção e efetiva defesa dos direitos dos menores, como também ao combate à violência doméstica infantil, já existiam no Brasil, como ao redor do mundo. Viu-se que nosso país sofreu grande influência da Suécia, país pioneiro em legislação que proibia a prática de quaisquer castigos físicos contra as crianças. Ressalte-se, no entanto, que não fora o Projeto de Lei nº 7.672/2010 que inaugurara as pretensões de implantar em território nacional normas jurídicas cogentes com conteúdo que responsabilize os responsáveis por qualquer tipo de violência cometida contra o menor. Observou-se que tal pretensão já era objeto do Projeto de Lei que foi apresentada à Câmara dos Deputados em 2003 pela deputada Maria do Rosário, do Partido dos Trabalhadores do Rio

Grande do Sul, recebendo então o número PL nº 2.654/2003, tendo obtido pareceres pela aprovação na Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Educação e Cultura e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, parando sua tramitação no plenário da casa, onde permaneceu sem movimentação e, por fim, restou prejudicado com a apresentação de novo texto versando sobre a mesma matéria. Esse cenário, no entanto, sofrera algumas mudanças, quando, no ano de 2008, o Brasil viu a imprensa nacional e internacional noticiar o caso Isabella Nardoni.

Ocorrido em 2008, o crime de homicídio cometido contra a criança Isabella Oliveira Nardoni alcançou repercussão midiática nacional, gerando grande comoção social, pois fora praticado pelo pai, Alexandre Nardoni, e pela madrasta da vítima, Ana Carolina Jatobá. Isabella Nardoni foi encontrada morta, no dia 29 de março de 2008, após ter sido jogada de uma altura de seis andares, no jardim do edifício London, prédio onde residia seu pai e que moravam a madrasta e dois filhos do casal. A ambulância, segundo dados da imprensa, levou treze minutos para chegar após o pedido de socorro imediato realizado por um vizinho que ouviu um forte barulho e olhou a criança jogada no chão, no entanto a menina já estava morta. O pai da vítima teria afirmado em depoimento que o prédio onde mora fora assaltado e a menina teria sido jogada por um dos suspeitos, pois ele teria subido ao apartamento levando a garota e deixado-a sozinha em seu quarto, enquanto voltava ao carro para buscar a esposa e os dois filhos do casal, e que, ao voltar ao apartamento, viu a tela cortada e a filha caída no gramado em frente ao prédio. Durante o julgamento, restou comprovada a adulteração do local do crime, como também a responsabilidade criminal do casal no homicídio de Isabella. Levados ao Tribunal, no ano de 2010, o júri considerou o casal culpado por homicídio qualificado, uma vez que a menina fora asfixiada, o que se considera como meio cruel, ainda porque a vítima não teve chance de defesa, pois morrera pela queda do apartamento quando já estava inconsciente, e pela fraude processual. Alexandre Nardoni foi condenado a 31 anos, 1 mês e 10 dias, tendo a pena sido aumentada pelo fato de ser pai de Isabella. Anna Carolina Jatobá fora condenada a 26 anos e 8 meses. Ambos também foram condenados pela fraude processual a 8 meses e 24 dias. O casal iniciou o cumprimento da pena em regime fechado.

Ao observar o contexto social viu-se inúmeras pressões sociais para a punição aos agressores daquele caso, as quais contribuíram para o aumento da preocupação e da responsabilidade da sociedade em geral em relação ao combate e prevenção à violência familiar. O que resultou no projeto de lei 7.672/2010, midiaticamente chamado de projeto da Lei da Palmada, instituto ora em tela, formalmente de iniciativa da presidência da república. Verificou-se, no entanto, que o referido projeto de lei permaneceu aproximadamente quatro anos sem

aprovação pelas casas legislativas e sanção pela presidência da república. Situação, entretanto, visivelmente modificada por outro crime praticado contra mais uma criança no seio familiar. Desta feita, a vítima foi o menino Bernardo Uglione Boldrini, assassinado no ano de 2014.

Ocorrido no Rio Grande do Sul, o crime comoveu toda a sociedade brasileira, reacendendo os movimentos pela cobrança de normas mais severas contra o agente que pratica violência doméstica infantil.

Segundo informações resultantes das investigações, Bernardo desapareceu no dia 4 de abril de 2014, data em que foi morto. Seu corpo só foi encontrado no dia 14 de abril. O menino morreria em razão de uma superdosagem do sedativo Midazolam, comprado com a receita fornecida pelo pai, o médico Leandro Boldrini, e foi enterrado em uma cova rasa, após ter sido coberto por uma substância que acelera a decomposição, na área rural de Frederico Westphalen. A madrasta da vítima, Graciele Ugulini, e a amiga, Edelvânia Wirganovicz, teriam administrado o remédio que causou a morte do garoto e depois teriam recebido a ajuda de Evandro Wirganovicz para enterrar o corpo. O Ministério Público ofereceu a denúncia contra os quatro envolvidos, sendo por homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver e falsidade ideológica, contra o pai, de homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver contra Graciele e Edelvânia, e de homicídio simples e ocultação de cadáver contra Evandro. O caso segue sem data para julgamento, no entanto os envolvidos permanecem presos.

Após a verificação da *causa mortis* de Bernardo, o Brasil fora surpreendido pelas informações de que o menino já vinha sofrendo maus-tratos, conforme se observa na seguinte notícia veiculada na imprensa virtual:

No ano passado, vídeos gravados pelo próprio pai mostram discussões do menino com o casal. Em um deles, a criança está com uma faca na mão e é instigada por Leandro. "Vamos lá, machão", diz o médico. Há também relatos de vizinhos e amigos dão conta que o menino se dizia carente de atenção. Ele chegou a procurar a Justiça para relatar o caso.

No início de 2014, o juiz Fernando Vieira dos Santos, 34 anos, da Vara da Infância e Juventude de Três Passos, autorizou que o garoto continuasse morando com o pai, após o Ministério Público (MP) instaurar uma investigação contra o homem por negligência afetiva e abandono familiar.

De acordo com o MP, desde novembro de 2013, o pai de Bernardo era investigado. Entretanto, jamais houve indícios de agressões físicas. Em janeiro, o garoto foi ouvido pelo órgão e chegou a pedir para morar com outra família.

O médico pediu uma segunda chance. Com a promessa de que buscaria reatar os laços familiares com o filho, ele convenceu a Justiça a autorizar uma nova experiência. (G1 RS, 2015).

As informações que veiculavam a todo momento na imprensa, associada às desconfianças sobre o que poderia ter acontecido com a mãe do menino Bernardo, que havia se

suicidado com uma arma de fogo dentro do consultório médico de Leandro Boldrini, segundo a constatação da polícia à época do ocorrido, corroboraram uma grande revolta social contra os acusados do homicídio de Bernardo. Percebeu-se, a partir de então, várias manifestações com a comunidade indo às ruas, expressando o desejo e a cobrança por uma resposta rápida para o caso e a consequente e efetiva punição dos agressores.

Mas não só isso. A cobrança social também estava no sentido de apressar a tramitação do Projeto de Lei nº 7.672/2010, o que, no imaginário social seria capaz de ter evitado a morte do pequeno Bernardo, uma vez que o mesmo já havia denunciado os maus-tratos às autoridades, as quais deram mais uma chance ao pai do menino. Este seria mais tarde o seu algoz.

Foi, portanto, neste cenário triste, angustiador, violento, fatal e extremo que nomearam oficialmente o referido projeto de Lei Menino Bernardo. No entanto, duas reflexões aqui se fazem necessárias.

A primeira faz referência ao conteúdo e objetivos da Lei em tela. Sabe-se que uma lei por si só não evitará que crimes sejam praticados. Seguindo este entendimento, afirma-se que a vigência da Lei nº 13.010/2014 não seria capaz de mudar o cenário que se montava sobre a vida do menino Bernardo. Como se verá mais adiante, esta Lei possui caráter civil, não penal, como muitos até o presente momento imaginam. Ela prevê como medidas disciplinares aplicáveis aos pais, para evitar a violência doméstica infantil, o encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família, o encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, o encaminhamento a cursos ou programas de orientação, a obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado e advertência. Desta forma, percebe-se que não seriam estas as sanções que de fato teriam o poder de coibir os maus-tratos observados no caso do menino Bernardo.

A segunda faz referência ao conjunto de simbologias e mentalidades que surgiram com a associação do homicídio do menino Bernardo, com toda sua importância, peculiaridades, efeitos sobre o sentimento de humanidade de toda a sociedade brasileira, com toda sua gravidade e espanto, à Lei agora intitulada Menino Bernardo, apelidada e pejorativamente chamada de Lei da Palmada, que tem caráter de orientação a respeito da educação das crianças e adolescentes. Ao que parece, a importância do crime restou limitada, ou a Lei em tela fora ideologicamente supervalorizada.

## 5.2 O processo legislativo e o clamor social

É comum verificar-se no Brasil que o princípio da Autonomia dos Poderes sofre relativizações. A exemplo, principalmente, do Poder legislativo, que muito tem sido influenciado pelos interesses políticos do Poder Executivo, como também do mesmo Poder Executivo, que muito tem se prestado a atender os interesses do Legislativo em uma troca constante de favores. Pode-se observar ainda a influência da sociedade, incitada pelos mais diversos meios midiáticos e de comunicação global, sobre o processo legislativo brasileiro.

Muitos são os exemplos de leis federais que foram produzidas pela forte influência dos movimentos sociais em momentos específicos da história. A Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, editada em 1990, fora resultado de um movimento iniciado pela famosa escritora de novelas Glória Peres em razão do assassinato de sua filha Daniela Peres, que estava gravando uma novela e fora vitimada pelo colega de trabalho Guilherme de Pádua. O caso fora noticiado por toda a imprensa brasileira, como também em alguns países, causando grande comoção social e uma revolta em relação à brandura da lei então vigente, que não previa o aumento de pena para os casos de crimes hediondos. Iniciou-se então uma campanha para que esta lei fosse sancionada. A Lei Maria da Penha, a Lei Carolina Dieckmann e a lei ora em tela são exemplos de respostas às pressões sociais influenciadas pela mídia.

É sabido que grande foi a comoção de toda a sociedade brasileira quando da morte do menino Bernardo, muitas foram as caminhadas, passeatas, manifestações, demonstrações de apoio aos grupos que pediam a punição dos responsáveis, tanto pelo homicídio da menina Isabella Nardoni quanto pelo homicídio do menino Bernardo. Aliado às pressões por esses dois crimes, a evolução da imagem da famosa apresentadora de televisão Xuxa Meneghel como defensora da aprovação do Projeto de Lei nº 7.672/2010. A presença da apresentadora no plenário da Câmara dos deputados quando da votação do referido projeto foi polêmica, no entanto, o mesmo seguiu para o Senado. Desta vez percebeu-se, que o efeito da presença da apresentadora na votação foi essencial para a aprovação do texto sem muitos debates, como se depreende da notícia que segue:

Defensora da proposta, a apresentadora Xuxa Meneghel acompanhou a votação da tribuna do Senado, ao lado do presidente Renan Calheiros (PMDB- onde foi hostilizada por um deputado durante a votação, Xuxa recebeu elogios dos congressistas e até um pedido de desculpas do senador Mário Couto AL), com o neto do parlamentar em seu colo, Enzo. Ao contrário da Câmara, (PSDB-PA) em nome do Congresso.

No final da votação, a apresentadora chorou e abraçou Renan. (CORREIO, 2014).

No entanto, é preciso direcionar mais atenção neste momento para as consequências da influência da mídia e das pressões sociais sobre o processo legislativo. Sendo de maior importância que os legisladores escolhidos e legitimados pelo povo atendam aos anseios sociais com responsabilidade, segurança e qualidade, de forma que exerçam a atividade de criação de leis necessárias e efetivas, como também de fiscalização do cumprimento dessas leis, tornar-se-ia insegura as pressões sociais e midiáticas no sentido de acelerar o processo legislativo para tão rapidamente dar uma resposta à sociedade, visto que pode esta mesma sociedade servir de meio para a consecução de objetivos que podem não servir verdadeiramente aos anseios e necessidades sociais. Servirão, assim, a outros objetivos menos legítimos. Seguindo pensamento tem-se que

A evolução dos meios de comunicação e a massificação das mídias (chegando esta última a ser nominada de “quarto poder”) fez com que a informação fosse difundida como nunca. O reconhecimento dessa identidade proporcionou que o direcionamento da informação fosse unicamente para chamar para si a atenção da massa social e por consequência alcançar cada vez mais o lucro.

Neste sentido, as mídias geram na sociedade um sentimento de impunidade levando-a a crer que somente a criminalização de condutas leva à solução dos litígios existentes. Sabe-se que não é esta a solução. (TOMASI; LINHARES, 2015, p. 2).

Depreende-se desta afirmativa, portanto, que os meios de comunicação têm servido como verdadeiras formas de manobrar as massas, agindo como uma forma de governo, levando sutilmente a sociedade a se comportar de uma maneira que atenda aos objetivos que interessam aos detentores do capital midiático. O que, por si só, é inseguro e mesmo perigoso. Ainda seguindo o raciocínio de Tomasi e Linhares verifica-se que

Tamanha é a importância da mídia, conforme aponta o título do trabalho, que é conhecida pela alcunha de “Quarto Poder”. Essa denominação se deu pelo fato de que a mídia exerce tanta influência no cotidiano social que pode ser considerada, diante do Princípio da Separação dos Poderes, um quarto poder existente na República. (...) Diante desta denominação, não somente por causa dela mas pelo que ela efetivamente representa, os detentores deste “quarto poder” chamam para si o controle dos outros três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) banalizando o interesse público. Ou, como brilhantemente mencionado por Oacir Silva Mascarenhas “a Mídia não está se preocupando com interesse público e sim com o interesse do público”. (Ibidem, p. 7-8).

O entendimento é, portanto, na forma de que deve o povo demonstrar o interesse em que determinado texto seja votado, ou que determinada matéria possa ser deliberada para sua positivação legal, ou ainda, que é dever da sociedade cobrar mesmo que as autoridades constituídas atuem de forma a coibir que práticas sociais reprováveis sejam tipificadas como ilícitas e que a punição seja eficiente, mas que tudo isso não atrepele qualquer etapa do processo

legislativo, principalmente as etapas de análise e discussão do objeto de proteção e tutela da norma, ou ainda dos efeitos e consequência que o diploma possa causar sobre toda a sociedade e suas instituições, e muito mais sobre a efetividade que o referido diploma deva alcançar, evitando-se, dessa forma, que se produza às pressas uma letra morta, sem qualquer valor, que sirva como engodo aos legítimos anseios sociais. Como preconizam os já citados autores sobre a insegurança oriunda do processo legislativo pressionado pela mídia e pelos diversos grupos sociais atraídos por ela, pois

Ocorre que a resposta oferecida na elaboração das leis somente passa uma falsa sensação de segurança. Não é, definitivamente, a criminalização de condutas ou a consequente condenação do acusado pela prática do ato tipificada que solucionará os problemas que estão no âmago da sociedade.

Uma lei não pode ser produto da massificação dos meios de comunicação e do espetáculo midiático. O legislador não pode ser um peão nesse “jogo” mídia “versus” sociedade. (Ibidem, p. 13).

Ressalte-se, ainda, que o clamor social deve receber a devida importância, uma vez que ele demonstra a simbologia da identidade nacional, deve receber muito mais notoriedade e deve sim ser levado ao plenário dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pois de outra forma não seria possível fazer-se escutar a voz do povo. É, no entanto, com responsabilidade, qualidade e eficiência que essa voz seguramente poderá ser ouvida e respondida. Oferecendo-se ao povo um diploma legal, legítimo, necessário e eficiente.

Dessa forma, observa-se que o processo legislativo da feitura da Lei Menino Bernardo sofrera grave influência das pressões sociais influenciadas pela mídia, como também a votação nas casas legislativas sofrera influência pela presença da apresentadora Xuxa Meneghel, sofrendo, portanto, atropelo em suas etapas. Fato que foi determinante para a sanção da Lei em tela.

### **5.3 Lei da Palmada: pretensão x prática jurídica**

A Lei nº 13.010/2014 insere três novos artigos e altera dois dos existentes no ECA, estabelecendo o direito dos menores de serem cuidados e educados sem o uso de qualquer tipo de violência ou de tratamento cruel ou degradante, altera também um dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Para além disso, modifica o entendimento da aplicação do artigo 1.638, inciso I, do Código Civil, o qual prevê sanção apenas para os castigos imoderados, o qual abria possibilidade para o emprego dos castigos moderados, até então entendidos como permitidos. No entanto, ver-se-á que as pretensões desta Lei têm alcançado inúmeras barreiras,

inclusive a inércia e a inefetividade da rede de proteção e das instituições que deveriam garantir os direitos nela previstos.

Pode-se observar, que o texto da Lei tem viés protecionista, fundamentados, principalmente, no princípio da Proteção Integral. Veja-se, que a partir da justificativa do Projeto de Lei, já há a preocupação em garantir a realização do referido princípio:

O Projeto de Lei objetiva aprofundar o direito que todas as crianças e adolescentes possuem de ser educados e cuidados sem o uso dos castigos físicos e do tratamento cruel e degradante como formas de correção, disciplina e educação ou sob qualquer outro pretexto. (BRASIL, Projeto de Lei nº 7.672/2010, p. 05).

Observe-se também, que em todo o corpo da Lei, há a preocupação em garantir que nenhuma motivação seja usada para legitimar a prática da violência na aplicação de qualquer correção e demais cuidados com o menor, como está disposto no seguinte artigo:

Art. 1º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 18-A, 18-B e 70-A:

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

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou
- b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou
- b) ameace gravemente; ou
- c) ridicularize”. (BRASIL, 2014).

Deve-se dispensar mais atenção para a preocupação do legislador em relação à garantia de que os mais diversos tipos de violência, seja ela física, psicológica, imoderada ou não, sejam combatidos tanto no ambiente familiar, seja que configuração a família possa apresentar, como no ambiente educacional e, ainda mais, no ambiente de cumprimento das medidas socioeducativas. Verifica-se ainda, a preocupação para as definições dos termos castigos físicos e tratamento cruel ou degradante.

Neste, no entanto, há um ponto em que a preocupação do legislador, em abarcar os mais diferentes tipos de prática de violência com a aplicação de diversas formas de castigo e

seus consequentes efeitos sobre a pessoa e a dignidade da criança e do adolescente, desemboca na problemática da amplitude que os termos sofrimento físico e lesão alcançam.

Note-se que, não há qualquer norte ou delimitação para o termo sofrimento físico, restando para os interpretadores e aplicadores da lei, mediante o caso concreto, verificar a constatação dos atos que caracterizem o sofrimento físico para os fins da responsabilização dos agentes e, conseqüente, encaminhamento ao cumprimento da sanção. Dessa forma, para confirmar a importância da definição do termo sofrimento físico, de maneira a evitar que se abarrotem os conselhos tutelares e o judiciário com denúncias vazias de descumprimento do dever de garantir os direitos previstos na lei em foco, guardando-se as devidas proporções, em vista o caso citado referir-se à esfera penal, colaciona-se o entendimento jurisprudencial aposto na seguinte ementa:

É CEDIÇO O GRANDE VALOR PROBANTE DA PALAVRA DA **VÍTIMA** NOS CRIMES DESSA NATUREZA, ENTRETANTO O **SOFRIMENTO FÍSICO** REQUERIDO PARA A CONFIGURAÇÃO DO TIPO, ALEGADO PELAS **VÍTIMAS**, NÃO FOI CORROBORADO PELA PROVA TÉCNICA ACOSTADA AOS AUTOS. IGUALMENTE NÃO SE PODE VERIFICAR A INCIDÊNCIA DO **SOFRIMENTO MENTAL**, ELEMENTO NORMATIVO TAMBÉM APTO A CARACTERIZAR O TIPO INCRIMINADOR DA TORTURA. (DISTRITO FEDERAL, 2009).

Observe-se que o sofrimento físico aqui é tomado como elemento material, ou seja, como ocorrência que se constata com a observação de sinais físicos no corpo da vítima, no caso do crime de tortura, tipificado pela Lei nº 9.455/97, nesta ementa referido, deveria ser comprovado mediante a prova técnica do exame de corpo de delito. No mesmo sentido se daria a constatação do elemento sofrimento mental, como se observa da afirmativa citada. Portanto, entende-se que não configura o sofrimento físico, para fins de embasar a constatação do emprego de violência prescrito na Lei nº 13.010/2014, o relato de tratamento violento proferido pela vítima, sem qualquer constatação do fato mediante observação técnica ou mesmo ocular simples, que indique o emprego de violência. Ainda, mister se faz a observação, no caso concreto, da ocorrência dos sinais que apontem a violência, pois é comum a ocorrência desses sinais em situações de contenção do menor, a exemplo da criança em estado de descontrole que precisa ser contida com o uso ponderado da força, mas que pode apresentar sinais de rochura e vermelhidão na pele. Obviamente, que o responsável não deve ser responsabilizado por estes eventuais sinais que tenha deixado no corpo da criança. Assim também ocorre com os menores infratores, quando da resistência à prisão, que são contidos com o uso da força necessária para a realização do fato, mas que não figuram como vítimas da violência ora em comento. Ressalte-

se, que as expressões “uso ponderado da força” e “uso da força necessária”, devem ser, obrigatoriamente, interpretadas como comportamento essencial, necessário e legítimo para a interrupção de qualquer comportamento inadmitido que a criança apresente. Não se fala e não se legitima aqui, de maneira nenhuma, os abusos que possam ocorrer com a permanência, além do necessário, do uso da força física sobre o menor.

Ainda no artigo em tela, Parágrafo Único, inciso I e alínea b, vê-se que o termo lesão aparece sem qualquer especificação, abrindo espaço para as mais diversas interpretações diante do caso concreto. Trançando-se um paradigma penal para a norma em comento, tem-se que o termo lesão, sem qualquer especificação de intensidade, a saber lesão leve, não fora tutelado, uma vez que o Código Penal Brasileiro, por exemplo, fora específico em prevê sanção para o crime de lesão que resultem em danos físicos para a vítima, tipificação presente no artigo 129 e em seus parágrafos. Segundo estudiosos da seara penal, a lesão corporal se consuma quando há a efetiva ofensa à incolumidade pessoal do indivíduo, ou seja, quando há alteração física no corpo da vítima, ainda que temporária, não sendo as sensações de desconforto ou dor física consideradas lesão corporal. Ressalte-se que, o crime de lesão corporal do Código Penal é crime material, aquele que deixa vestígios, exigindo-se, portanto, para a confirmação de sua existência, o exame de corpo de delito.

Desta feita, portanto, fala-se que o termo lesão da Lei 13.010/2014 possui conteúdo vago. Neste sentido a afirmativa de Carvalho (2016): “Registre-se que a lei deixa de forma abrangente quando dispõe o termo “lesão”, pois compreende as lesões de natureza leve e as graves, assim um “beliscão” que resulte em uma lesão de natureza leve pode se enquadrar neste dispositivo”.

Entretanto, é importante discordar da abrangência que a autora citada dá ao termo, pois, como demonstrado acima, a lesão se consuma quando ocorre efetivo dano à integridade física da vítima e, ainda, quando da existência de vestígios para a sua verificação, não sendo, pois, um simples beliscão, como pretende Carvalho, ou como pretende a comunidade defensora da amplitude do termo, uma palmada, que configurará a lesão, quando no caso concreto não possa se verificar, no corpo da criança, a materialidade da lesão.

Outro problema que se observa em relação ao entendimento deveras extensivo dado à norma civil protetiva em comento, está na estrutura institucional que deveria funcionar de forma eficiente para garantir os direitos previstos e tão necessários à dignidade das crianças e adolescentes. Sabe-se, no entanto, que estas instituições ainda não são capazes de reprimir, evitar e combater a violação dos direitos tutelados pela legislação em tela.

No entanto, segundo Berlimi, no Brasil há oficialmente uma estrutura que efetiva o sistema de proteção à criança e ao adolescente, composto pelo CONANDA, órgão ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos, que organiza os demais conselhos regionais. Esses, por sua vez,

seguem uma metodologia de funcionamento parecida, que consiste basicamente no atendimento à vítima, por um psicólogo e/ou assistente social, que darão o primeiro suporte emocional à vítima e coletarão todas as informações necessárias à instrução e prosseguimento do caso.

A partir daí, é feito um encaminhamento do caso ao setor jurídico que tomará as providências cabíveis, de acordo com o caso concreto, momento em que encaminha o caso ao Ministério Público, que tem suas atribuições previstas no artigo 200 a 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), esclarecendo que, conforme esse Estatuto, sua legitimação para as ações cíveis não impede a de terceiros.

O setor de assistência social ficará responsável pelo apoio à família e pela verificação da situação familiar, tanto pelas informações recebidas quanto pelos laudos sociais que se fizerem necessários à verificação das informações obtidas, para que promova a reinserção social de seus membros, até mesmo capacitando profissionalmente, encaminhando à escola ou a tratamento que se mostre necessário. (BERLINI, 2014, p. 91-92).

Mas, a realidade social é diferente. Veja-se que o número de conselhos tutelares, bem como a atuação dos conselheiros, é insipiente em relação à demanda brasileira. Basta, à primeira vista, a constatação da presença de crianças nas ruas, exercendo algum tipo de atividade econômica, obrigadas a levar algum dinheiro para casa, pois o sustento oferecido pela família é insuficiente, que não frequentam escola, e estão constantemente em situação de vulnerabilidade. Ressalte-se aqui que a conduta que caracteriza a exploração do trabalho infantil, a sua permissão em situação penosa, ou mesmo a tolerância de exposição a situações de perigo moral, como também negligência na formação escolar do menor, estão previstas como crimes no Código Penal, em seu capítulo III, *in verbis*:

### **CAPÍTULO III DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR**

#### **Abandono material**

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

#### **Entrega de filho menor a pessoa inidônea**

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984)

#### **Abandono intelectual**

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Este capítulo tutela, entre outros indivíduos, o menor de dezoito anos, mas é corriqueiro se esbarrar com menores expostos a essas situações nas grandes cidades, tanto quanto é incomum que o estado tome alguma providência para punir os responsáveis desses menores, por não impedirem que tais situações ocorram. A ação do estado partiria, *a priori*, do atendimento ao menor e às famílias. Esse atendimento seria aquele dispensado pelos conselhos tutelares, que seria o primeiro braço do Estado no combate à negligência sofrida pelo menor.

Segundo estudos e pesquisas das ciências sociais o conselho tutelar

é um órgão civil criado pelo Estatuto com a finalidade de zelar pelo cumprimento dos direitos da infância e da adolescência no espaço social existente entre o cidadão e o juiz. Isto quer dizer que o Conselho Tutelar é escolhido pela comunidade para executar medidas constitucionais e legais na área da infância e adolescência (Sêda, 1997). Assim, são assegurados à criança e ao adolescente direitos particulares, dada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O Conselho Tutelar é um órgão autônomo, que não integra o poder judiciário. Vincula-se à Prefeitura, mas a ela não se subordina. Sua fonte de autoridade pública é a lei do Estatuto da Criança e do Adolescente e está sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Conselho Municipal tem a função de controlar as políticas públicas municipais voltadas à criança e ao adolescente, zelando para que sejam cumpridos os princípios da Convenção e do Estatuto. O papel do Conselho Tutelar é atender pessoas que tiveram seus direitos violados (SOUZA, 1998, p. 72).

O conceito de Souza, traz elementos clarificadores e extensivos das ações e atribuições do conselho, quando afirma ser papel do conselho atender pessoas que tiveram seus direitos violados. Mister se faz, no entanto, reduzir a expansão da ideia de que o conselho é para atender

pessoas. É próprio falar de pessoas relacionadas à crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados, ou ainda, que estão em situação ou iminência de perigo.

Para o direito, o conselho tutelar é definido pelo artigo 131 do Estatuto da Criança e Adolescente, como órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da Criança e adolescente, definidos nesta lei. Neste conceito se encontra a missão institucional do conselho, a saber, realizar e garantir a realização dos direitos do menor, agindo de forma não jurisdicional, como representantes da sociedade. Ressalte-se ainda, a delimitação do sujeito tutelado pelo conselho, a saber a criança e adolescente, como também a delimitação dos direitos, a saber, os definidos no ECA.

A partir dos conceitos acima, pode-se elencar algumas características do instituto, que são permanência, autonomia e o não exercício de jurisdição. Para o momento, é importante focar na última característica.

O exercício da não jurisdição é entendido como um fator determinante para a pouca eficiência dos conselhos tutelares na realidade social brasileira. Estando este associado ao baixo índice de capacidade técnica dos conselheiros e técnicos para a solução das diversas contingências que se apresentam, como também à precária estrutura física e aparelhamento dos conselhos, e ainda, à quantidade proporcional dos mesmos.

Como conceituado no ECA, o conselho tutelar é órgão público, possui natureza administrativa, pratica atos administrativos, não podendo ultrapassar os limites de sua competência, ou seja, não podendo adentrar ao mérito em situações de conflitos de interesses. O que, segundo a experiente promotora de justiça do estado do Rio de Janeiro, Patrícia Silveira Tavares, pode ser observado com alguma frequência, corroborando para aumentar os problemas da descrença e da ineficiência dos conselhos tutelares, como se vê:

Não é raro constatar, na prática, hipóteses nas quais os conselheiros tutelares interferem na dinâmica familiar de determinada criança ou determinado adolescente, estipulando alimentos em seu favor, estabelecendo normas de visitação, ou, ainda, retirando-os dos pais, afim de entregá-los a outro parente, neste último caso, sem qualquer situação de risco que justifique a adoção imediata desta providência. Tal forma de atuação, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderá ensejar a destituição do conselheiro, além de sujeita-lo às penalidades cíveis ou penais outras que se mostrarem pertinentes. (TAVARES, 2016, p. 534).

Neste ponto se observa a falta da proteção efetiva que tenha poder para garantir a não violação dos direitos tutelados pelo ECA, e mais especificamente pela Lei nº 13.010/2014, em resumo a saber, o direito de não receber qualquer castigo físico, incluindo palmadas, por motivação educacional. Veja-se, que a norma em comento não possui natureza penal, como

visto ela possui caráter de tutela civil, e a instituição pensada e criada para iniciar o processo de efetivação da norma, possui apenas atribuições administrativas e limitadas, nas palavras da autora acima citada, essas atribuições não podem exceder o campo das ações administrativas sob pena de responsabilização cível e penal de quem as praticar ou responsável por elas for, ou seja, resta prejudicada a pretensão de repressão daquelas ações que não configurem ações claras de violação dos direitos da criança e adolescente.

Portanto, a palmada, como pretendem alguns, como sendo grave violação do direito do menor, não é elemento de fácil configuração do castigo físico, não sendo também uma prática que possa configurar a situação que justifique a atuação invasiva do conselho tutelar, ou das demais estruturas de atuação e rede de proteção do estado. O espaço que existe entre a configuração do dano causado pela palmada e a impossibilidade da justificativa que legitime a atuação do conselho tutelar de modo que este possa, efetivamente, reprimir, evitar e punir a lesão ao direito do menor, é o que causa a ineficiência da prática da pretensão da Lei nº 13.010/2014.

Não sendo norma penal, não há sanção efetiva repressora do ilícito. Não sendo justificável que o conselho tutelar, e as demais estruturas da rede de proteção, imponha àquele que faz uso da palmada, sanções que causem conflitos de interesses, sem que se proceda ao devido processo legal. Importante ressaltar, entretanto, que a aqui se fala da palmada como referenciado no entendimento social para a denominação simplória da Lei nº 13.010/2014, como aquela simples repressão a um comportamento indesejado, não está aqui se abrindo qualquer viés para a prática de comportamentos violentos ou hábitos ilícitos que causem danos à criança e adolescente.

#### **5.4 Eficácia social da Lei da Palmada**

Como visto no curso deste trabalho, as sanções da Lei da Palmada, já estavam previstas no Estatuto da Criança e Adolescente em seu artigo 129, as quais se resumem em advertência aos pais e responsáveis sobre os prejuízos que a prática da violência pode acarretar, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos de orientação e obrigação de encaminhar o menor a tratamento especializado, a depender da necessidade do caso concreto.

Resultante dessas medidas sancionatórias, observa-se que a norma em comento não alçou voos ousados, estando sua eficácia sobre a sociedade contida pela pouca força que a mesma exerce sobre o imaginário das pessoas, ou seja, não sendo a sanção, por si só, capaz de

causar alguma repressão da conduta ilícita, aquelas pessoas que estão habituadas a entender como normal o uso de algum tipo moderado de castigo físico, afim de obter naquele instante uma resposta comportamental esperada, não se verão como destinatários da norma. Segundo linguagem coloquial, será a Lei da Palmada apenas mais uma norma que não vai pegar, ou seja, que não surtirá efeito sobre a sociedade, pelo menos a curto prazo. Este entendimento é parte das opiniões dos que entendem que a Lei nº 13.010/2014 em nada inova no direito da criança e adolescente.

Em sentido contrário está o discurso da professora Flavia Piovesan (2010), defensora atuante da legislação em tela:

A reforma da legislação brasileira com objetivo de coibir toda e qualquer punição corporal em face de crianças tem a ambição maior de combater o legado autoritário da mania de bater, que tanto naturaliza a violência. Ao explicitar que a punição corporal, ainda que sob pretensos propósitos pedagógicos, é absolutamente inaceitável, tem a potencialidade de transformar práticas e atitudes. Surge como exigência da Constituição Brasileira de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990. Estes documentos convergem ao fomentar a doutrina da proteção integral à criança e da primazia de seus interesses. A proposta fortalece o novo paradigma que vê na criança um verdadeiro sujeito de direito, assegurando-lhe o direito a uma educação não violenta, essencial ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Afinal, como consagra a Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito ao respeito e à dignidade, protegendo-a de qualquer forma de violência, crueldade e opressão.

A mania de bater, segundo a autora, é uma herança deixada pelas gerações anteriores, é uma medida comumente usada pelas famílias para condicionar o comportamento do indivíduo. Entende-se dessa forma, que a palmada, como uso da força física sobre o menor, é tolerada por ser entendida como um meio usual de obtenção ou manutenção do comportamento desejado, muito mais que como uma prática ilícita tipificada na tutela civil em comento. Entendem, portanto, os pais ou responsáveis, que não estão agindo estranhamente ao tratamento socialmente aceito durante a vida inteira, pois a eles foi dispensado o mesmo tratamento.

Durante a realização deste trabalho, foi percebido que a Lei da Palmada ainda não alcançou os objetivos pretendidos pela comunidade mais apaixonada da defesa dos direitos da criança e adolescente. Após realizada algumas entrevistas, no ideal de observar o grau de eficácia da lei em comento, verificou-se que, mesmo com a maciça divulgação midiática da Lei da Palmada pela imprensa brasileira, até que houve alguma hesitação no ato de impor a palmada sobre a criança em alguns lares pesquisados, mas em nenhum deles a palmada foi extinta. Este meio ainda é usado para correção, punição e condicionamento do comportamento infantil.

As entrevistas também demonstraram que outros tipos de castigos são adotados com mais frequência, como proibição de contato com aparelhos eletrônicos e a redução a um espaço físico delimitado por um determinado período de tempo, na linguagem da educação infantil seria este o cantinho da reflexão, onde a criança deve permanecer por algum espaço de tempo. Os tipos de castigos diversos da palmada se mostram, no entendimento dos pais, como eficientes a médio e longo prazo. A palmada é adotada quando o comportamento indesejado deve cessar desde já, ou quando um determinado comportamento deve ser posto em prática desde logo, e a conversa ou outros meios persuasivos não resolvem de pronto. Importa recordar aqui a expressão do não físico.

Percebe-se, portanto, que apesar da grande espetacularização midiática da Lei nº 13.010/2014, e apesar de que os costumes brasileiros estão mudando junto com as mudanças pedagógicas e tecnológicas, o entendimento de que a palmada não é conduta ilícita e não causa danos graves ao desenvolvimento do menor, pois é prática comum na cultura brasileira, é fator que limita a eficácia social da norma protecionista em tela.

### **5.5 Contribuições da lei para o direito da criança e adolescente**

Em relação à Lei nº 13.010/2014, é consenso na doutrina, que não há que se falar em norma penal, pois é a Lei da palmada uma norma civil de caráter orientativo, não há qualquer característica penal nela, não tem poder de coerção, não criminaliza o sujeito que não a observar, e não cria sanções. Ela apenas sugere orientações aos pais na medida que, prevendo o direito do menor de ser educado e cuidado sem o uso de qualquer tipo de castigo que implique em sofrimento físico ou psicológico, cria a possibilidade de intervenção estatal na esfera familiar, para encaminhar aquele que apresentar a conduta indesejada a medidas de tratamento psicossociais de prevenção da violência e reparação dos danos que porventura possam ocorrer.

É corriqueiro no Brasil se observar o desrespeito às leis. Sendo ou não uma questão cultural, a realidade se apresenta de forma a revelar uma sociedade que separa claramente que tipos de lei obedecer e quando obedecer.

As leis penais em geral são comumente obedecidas, pois trazem taxativamente uma conduta prevista como ilícita e uma sanção, a saber, a consequente responsabilização penal para aquele que deveria ter observado a norma. Essas leis possuem uma graduação de obediência diretamente ligada à graduação da gravidade da sanção. Quanto mais gravosa a sanção prevista na norma penal para aquela conduta ilícita, maior será o grau de obediência. No outro polo está

aquela norma com menor gravidade na sanção, esta tem maior probabilidade de não ser observada.

Pode-se exemplificar essa ideia a partir da norma do artigo 169, II do Código Penal, que segundo classificação doutrinária é crime de menor potencial ofensivo. Este artigo trata da detenção, de um mês a um ano, ou multa para aquele que acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias. Existe a norma, ela é penal, mas a sanção é irrisória. Por isso é quase impossível encontrar uma pessoa que procure uma autoridade policial e entregue algum objeto de valor, como um celular por exemplo, que achou na rua. Será comum a apropriação desse objeto por quem o tenha achado. Dessa forma, a norma do artigo referido é uma norma que não é obedecida no Brasil. Da mesma forma é a norma que criminaliza a obtenção de produto da pirataria. É usual as pessoas mesmo de boa conduta e bons costumes comprar dvd's piratas, ainda que saibam se tratar de costume *contra legem*. Corroborando esse entendimento colaciona-se o texto da seguinte reportagem:

As pessoas não têm a sensação de que é importante, para a coletividade, obedecer a lei. Mais de 50% das pessoas dizem que não têm razão para obedecer a lei e mais de 70% dizem o brasileiro sempre opta pelo jeitinho. As pessoas acham que cumprir a lei não vale a pena, não percebem que é importante obedecer as leis, independentemente de seu ganho individual e imediato. Elas não encontram razões e acham que em geral os outros não obedecem — disse Luciana Gross Cunha, coordenadora da pesquisa. (O GLOBO, 2013).

Este texto fala da falta de motivação para o cumprimento das leis, pois as pessoas não percebem que é importante cumpri-las pela simples obediência, deve haver um ganho para aquele que obedece, ou deve ser perceptível que o indivíduo deixou de perder, ou seja, deixou de ser punido, com o cumprimento da lei. Se não houver, portanto, essa motivação não haverá também o cumprimento da lei.

Dito isto, veja-se a lei que norteia este trabalho. Pela ausência de coerção e sanção, verifica-se, com facilidade, a desobediência da mesma, como visto na pesquisa realizada durante a produção deste, pois, mesmo conhecendo a norma e ainda que por alguns momentos recorram a meios de correção diversos da palmada, as famílias entrevistadas ainda utilizam a palmada para condicionar o comportamento da criança.

Nessa esteira de raciocínio está o pensamento de Maria Berenice Dias, que ao criticar o teor da Lei nº 13.010/2014, afirma que o problema da ineficiência da mesma está no fato da vedação da sanção que apresentava o ainda projeto de lei, sofrida na ocasião de sua tramitação legislativa. Segundo a autora

As demais regras trazidas pela Lei se limitam a determinar a adoções de políticas públicas, como campanhas educativas, capacitação profissional etc. proposições que, sem imposição coercitiva, acabam virando letra morta, pois certamente não irão despertar o interesse do poder público, que nunca existiu quando se trata de questões familiares, sendo consideradas de âmbito privado.

De qualquer modo a Lei tem o mérito de acabar com a absurda permissão que o Código Civil outorgava aos pais de castigar os filhos, ainda que moderadamente. Isto porque só o castigo imoderado ensejava a perda do poder familiar (CC 1.638 1). Ou seja, o castigo moderado era admitido. Agora não mais. Quem impinge castigo físico ou tratamento cruel ou degradante fica sujeito a cumprir medidas de caráter psicossociais. (DIAS, 2015, pp. 475-476).

É, portanto, possível vislumbrar um objetivo alcançado pela norma em comento a partir das palavras de Dias, a saber, o fim da permissão ideológica que no imaginário social, o Código Civil dava aos pais de castigar fisicamente seus filhos, desde que esses castigos fossem moderados. Importa ressaltar que o Código Civil não dava qualquer permissão para a prática da violência, mesmo que na modalidade moderada, pois o artigo 1.638 em tela trata das hipóteses que poderia ocasionar a perda do poder familiar, restando incoerente, ou seja, desproporcional, elencar naquele artigo modalidade diversa do castigo imoderado. A partir da Lei da Palmada, como se verificou no pensamento social, quem impor castigos que causem sofrimento físico ou psicológico à criança e adolescente deverá ser responsabilizado e encaminhado a tratamentos psicossociais.

Também é entendida como uma contribuição ao direito da criança e adolescente, e que deve ser amplamente valorizada, é a preocupação do legislador em fazer referência não só ao sofrimento físico, pois este, como já discorrido neste trabalho, já se encontrava proibido pela legislação vigente, mas fazer referência também ao sofrimento psicológico. Uma ressalva se faz necessária neste ponto, a saber, o fato de o código penal e os artigos 3º e 5º do Estatuto da Criança e Adolescente, já preverem no crime de maus tratos este elemento psicológico, referido como desenvolvimento mental, moral e espiritual. No entanto, se entende válida e necessária a preocupação em ressaltar o elemento definindo-o no termo mais atual e genérico que ora se apresenta, na tentativa de abarcar os níveis mais abstratos de danos resultantes da violência doméstica infantil.

Sabe-se que o sofrimento físico é de difícil constatação, pois sendo resultado de uma conduta ilícita comissiva deve ser comprovada por meio de indícios no corpo do menor vítima da violência. Mas nem sempre esses indícios aparecerão ou serão idôneos para a comprovação do ilícito. Desta forma se apresenta, portanto, o sofrimento psicológico, ocorrido com a frequência da imposição dos castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. A Lei da

Palmada traz a preocupação de conscientizar que qualquer forma de violência deve ser combatida, seja de que modalidade for, pois

Ainda que num primeiro momento possa parecer que a palmada ou os castigos físicos praticados contra a criança ou adolescente não constituam violência, são. E essa confusão, que não pode mais ser feita, é atribuída ao fato de que direitos que por muito tempo são violados chegam a parecer que nem direito são, por isso a conscientização é tão importante. (BERLINI, 2014, p. 131).

Elenca-se ainda outra contribuição da norma em tela, que está no fato de a mesma trazer novamente as medidas já previstas no Estatuto da Criança e Adolescente com o objetivo de reprimir, prevenir e tratar a violência perpetrada contra o menor. Entende-se que o legislador, ao definir como medidas para o combate a esse tipo de violência as de caráter psicossociais, deu mais importância ao tratamento e valorização da relação familiar, em detrimento das medidas mais traumáticas de interferência estatal e afastamento do agressor do lar, o que poderia acarretar sofrimento maior que o já sofrido pelo menor. O afastamento do pai do ambiente familiar deve ser adotado quando da verificação estrita da necessidade, afim de que cesse o estado de violência. O próprio Estatuto prevê as situações em que essa sanção poderá ocorrer. Sabe-se, no entanto, que a tutela civil pode evitar que se chegue aos momentos extremos em que se mostre necessário a medida mais gravosa. É, portanto, necessário observar para a preocupação de delimitação do legislador sobre as medidas que devem ser adotadas quando da feitura da Lei da Palmada. Ainda que pareça uma mera e simples repetição das medidas já previstas no artigo 129 do ECA,

Fica claro que a opção por medidas menos radicais de afastamento do lar e ainda de destituição da autoridade parental ou mesmo da responsabilidade penal têm o condão de compensar de forma muito mais eficaz os danos sofridos, pois permitem que não só o pai, mas a criança ou adolescente vítima de violência, tenha uma segunda chance de conviver em harmonia, realizarem o afeto e o respeito, em um espaço de iguais liberdades. Essa a melhor forma de atender o ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (BERLINI, 2014, p. 127).

É necessário ainda elencar outra contribuição da referida para o direito do menor. Desta feita é o fato do espetáculo midiático levar ao conhecimento de toda a sociedade brasileira das pretensões, ainda que deturpadas e diminuídas pela imprensa sensacionalista, da lei em comento. Tem-se no Brasil que, pelo Princípio da Reserva Legal, ninguém se escusa de cumprir a lei alegando desconhecê-la. Assim, afirma-se com muita segurança que aquele que descumpra a Lei nº 13.010/2104, impondo qualquer tipo de castigo, seja físico ou psicológico, que cause sofrimento, ou que dispense tratamento cruel ou degradante, o fará conscientemente, na certeza

de que seu comportamento é por lei reprovado, o fará sabendo que estará sujeito ao cumprimento das medidas previstas na lei. Não poderá o agente dessa conduta alegar desconhecer a lei de qualquer forma que seja, pois, o espetáculo midiático ocorrido durante o processo legislativo alcançou proporções gigantescas, de maneira que nem mesmo o analfabeto terá em seu favor o desconhecimento da lei como causa de diminuição de pena.

Ainda nesta mesma ideia, está a importância da discussão sobre as medidas que se deve adotar para o combate à violência doméstica contra crianças e adolescentes. O espetáculo da mídia fez com que o tema se tornasse assunto de conversa em todos os lares brasileiros, despertou a sociedade para o vislumbre de mudanças viáveis, necessárias e eficazes para extirpar de vez situações horríveis de violência como as que tanto comoveu o país durante a tramitação da Lei da Palmada. Entende-se dessa forma, pois que

Sua promulgação foi capaz de levar a população a discussão sobre o tema, mas ainda não surtiu efeitos no comportamento da grande maioria dos pais ou cuidadores das crianças.

Apesar de a intervenção estatal na família ser extremamente justificada, posto que o objetivo do Estado é o de garantir o respeito à dignidade humana da criança, garantindo-lhe o direito a ter uma infância longe de qualquer espécie de violência, justamente por ser uma lei em oposição aos costumes, tenderá a cair em desuso. (CASSIONATO; CASSIONATO; DIAS, 2016, pp. 94-95)

Vê-se imprescindível, portanto, que o Estado cumpra seu papel, garantindo as estruturas básicas de funcionamento da rede de proteção dos direitos do menor, como também a sociedade deve tomar consciência de que o menor deve ser tratado com dignidade, como sujeito de direitos que é, não estando sujeito à violação de sua integridade física e psicológica. É necessário, no entanto, que a cultura social se mantenha equilibrada, resguardando-se dos extremos, pois é perigosa também a ideologia de que não haverá correção e imposição de limites se o Estado atuar efetivamente dentro da esfera privada da família para combater os excessos. Os pais e responsáveis não estarão reféns da vigilância do Estado, como também não estarão reféns do descontrole sobre o comportamento de suas crianças. A correção deve sempre existir. É função maior da família que do Estado corrigir o menor. Mas o costume de imposição dos castigos que causem danos à criança deve ser completamente extirpado da cultura brasileira.

As famílias devem primar pelas relações saudáveis de respeito, educação e correção, criando e reproduzindo assim um desenvolvimento íntegro para suas crianças e adolescentes, tendo como garantidor da realização dos direitos o Estado, pois

A relação paterno-filial encontra limites legais, mas além deles os pais devem agir de acordo com o melhor interesse da criança, sob pena de serem compelidos a compensar

os danos causados, preferencialmente com a adição de medidas eficazes, mas menos drásticas para os filhos, sempre que possível, apresentadas neste trabalho como formas de tutela civil, visando a preservar, dentro do possível, a convivência familiar. Surge com isso a necessidade do comprometimento social com a responsabilização de quem viola os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente diante da grande dificuldade gerada pela violência doméstica de ser detectada, motivo pelo qual as políticas públicas deverão ser ainda mais consistentes na prevenção. Essa a tentativa da Lei da Palmada ao expressamente prever a necessidade de políticas públicas articuladas. (BERLINI, 2014, p. 135).

Vislumbra-se neste trecho, portanto, a mais importante contribuição da lei para o direito do menor, a saber, a previsão expressa da obrigação do Estado junto com a sociedade civil de articular políticas públicas para efetivar a realização dos direitos das crianças e adolescentes.

A problemática está mais uma vez na ausência de sanção para os casos de inobservância dessa obrigação. Não há responsabilização para o Estado nos casos de inexistência das estruturas da rede de proteção. Como exemplo, pode-se falar na ocorrência de ainda no ano de 2017, quando já se tem 27 anos de vigência do Estatuto da Criança e Adolescente, o Maranhão ainda apresentar alguns municípios que nunca criaram seus conselhos tutelares, a exemplo dos municípios de Benedito Leite, Fernando Falcão e Joselândia.

Entretanto, permanece a obrigação para o Estado de criar e manter as estruturas necessárias à rede de proteção, pois a Lei nº 13.010/2014 abre caminhos para responsabilização no caso concreto de criação, cabendo à sociedade civil a cobrança para a realização do dever estatal.

## 6 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.010/2014, denominada de Lei Menino Bernardo e popularmente conhecida como Lei da Palmada, é norma civil de caráter orientativo, que pretende reprimir, evitar e combater a violência doméstica impetrada contra a criança e adolescente, por meio dos castigos físicos e tratamento cruel ou degradante que cause sofrimento físico ou psicológico, inclusive aquela usada como meio de correção de comportamentos indesejados e como método educativo, e pretende ainda estabelecer a obrigação para o Estado de criar políticas públicas articuladas e manter funcionando as estruturas necessárias à rede de proteção do direito do menor.

Ela, apesar de definir os conceitos para castigos físicos e tratamento cruel ou degradante, não estabeleceu os critérios para a definição ou verificação dos resultados que devem surgir com a imposição da violência tipificada, ou seja, não estabeleceu o que se deve entender por sofrimento físico ou como deve se constatar a ocorrência desse sofrimento. Esse fato impossibilita a própria efetivação da norma, pois muitos pais ou responsáveis não se percebem como contrários à lei porque não há como se configurar a violência a partir de comportamentos moderados de contenção do menor, casos que podem ocorrer quando a criança se apresenta em estado de descontrole, ou mesmo nas situações em que exigem a obediência que lhes devem prestar e que se apresentam como essenciais ao cuidado das crianças e adolescentes. A exemplo da rochura e vermelhidão que restará nos braços e costas da criança quando do movimento de contenção, mas que não podem configurar a imposição de violência com o resultado sofrimento físico ou lesão.

O tema deve ser tratado com mais cautela e atenção, pois, ainda que muitos doutrinadores e operadores do direito militem pela radicalização da configuração do sofrimento físico e do tratamento cruel ou degradante, afirmando que qualquer tipo de ação com imposição de força sobre o menor seja caracterizado como a violência criminalizada na Lei da Palmada, é necessário observar sobretudo a presença do resultado, que deve ser constatado mediante o exame técnico, afim de que não seja fomentado um movimento desnecessário de criminalização da família e demais responsáveis, levando-se ao patamar das condutas ilícitas quaisquer ocorrências que aparentem lesão ao direito do menor, sem que se observe os princípios que norteiam todo o direito brasileiro. Cautela é neste momento uma palavra de ordem.

O direito brasileiro é formado por princípios que fundamentam suas normas. Da mesma forma é o Direito de Família e o Direito da Criança e Adolescente. É imprescindível

entender a importância da observação destes princípios quando da concretização do direito tutelado na norma em comento.

Sabe-se que a família possui proteção constitucional, e que a ela são inerentes a autonomia e a privacidade para sua formação e desenvolvimento. A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 226 a especial proteção que o Estado deve dispensar para a família. Sabe-se ainda, que a família tem a obrigação de cuidar e sustentar os filhos menores, garantindo desenvolvimento saudável e seguro, como prevê o artigo 1.634 e incisos do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar. São exemplos do exercício do poder familiar a direção da criação e educação dos filhos e a exigência que lhes prestem respeito.

No entanto, se observou ao longo da produção deste trabalho, que a autonomia privada da família e o exercício do poder familiar são institutos que não devem se sobrepor aos princípios do Direito da Criança e Adolescente.

Afirma-se a maior valoração do direito do menor, pois a mesma Constituição cidadã ao defender a família está garantindo o desenvolvimento saudável do núcleo familiar, tanto dos pais quanto dos filhos. Ela estabelecendo o princípio da isonomia, garante a existência da criança como um sujeito de direito em desenvolvimento, o qual deve gozar de maior proteção ainda. É realizando o princípio da dignidade da pessoa humana, e aí está incluso o menor, que o Estado e a família garantirão um desenvolvimento saudável que todos que a compõem.

Afirma-se também que, mesmo que muitos operadores do direito reclamem da intervenção aparentemente inconstitucional do Estado na família, essa intervenção, ou mesmo sua iminência, é essencial para a garantia de que o direito do menor, em nenhum momento, sofra violações. É com a exigência estatal da obrigação dos pais ou responsáveis de oferecer educação, segurança, sustento e afeto que pode se falar em realização do princípio do melhor interesse da criança, como também com o oferecimento por parte deste mesmo estado das condições necessárias à realização do direito menorista pelos pais. A própria realização deste princípio justifica a intervenção estatal na esfera privada da família.

Portanto, mais uma vez se evoca a cautela como palavra de ordem. Para que o Estado exija o cumprimento dos princípios do Direito de família e também do Direito da Criança e Adolescente, mister se faz que o mesmo cumpra com o seu dever de oportunizar as condições para que a família realize o direito do menor. O Estado não estará realizando qualquer direito sendo omissa em relação às condições que tem o dever de oferecer à família para que a mesma possa concretizar seu *mínus* público, a saber o poder familiar.

A análise da Lei Menino Bernardo é importante no sentido de clarificar as ideias a respeito das pretensões e anseios sociais que se observa na realidade brasileira. Como se viu, o

processo legislativo foi permeado pelo clamor social quando dos acontecimentos dos homicídios das crianças Isabella Nardoni e Bernardo Uglioni Boldrini, que ocorreram dentro do núcleo familiar, como manifestação da violência doméstica praticada contra as crianças. Viu-se também que o espetáculo midiático em torno da tramitação da Lei levantou algumas críticas sobre a eficiência ou não da mesma, como também da sua desnecessidade.

Em relação a esse assunto, observou-se que a preocupação do legislador foi maior no sentido de dar uma resposta mais rápida que qualitativa ao clamor social. Apesar de ser uma reformulação de um projeto de lei apresentado ainda no ano de 2003 pela então deputada Maria do Rosário, viu-se que foi no ano de 2014, com a morte do menino Bernardo, o qual dera nome à lei, que os movimentos para sua tramitação foram acelerados. Naquele momento o legislativo respondia aos movimentos sociais que protestavam por uma lei que impedisse a violência doméstica praticada contra a criança e adolescente.

No entanto, é consenso que a norma por si só não tem o condão de extirpar da sociedade o mal que lhe assola. Ela é um meio idôneo para o combate, a prevenção e a repressão das condutas consideradas ilícitas. A Lei Menino Bernardo, entretanto, não atende aos anseios sociais que lhe forjaram. Ela não serve para o fim a que se destina. Mas não se deve desacreditar no instituto de proteção do Direito da Criança e adolescente. Este, mesmo antes da entrada em vigor da referida lei, já era instrumento de combate da violência doméstica contra o menor. Como também já o era a Constituição Federal, estabelecendo a condição de sujeito de direito para o menor e os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, como já era o Código Penal, prevendo punição severa para o crime de maus-tratos e sua forma qualificada, como já era o Código Civil estabelecendo o *minus* público do poder familiar e prevendo a responsabilização para os casos de descumprimento do dever legal. Reafirma-se, portanto, que a Lei da Palmada não tem elementos inovadores de combate enérgico da violência contra a infância, como pretendiam os movimentos sociais.

Mas reafirma-se também que a Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo, não é letra morta. Ela traz alguns elementos que fortalecem os institutos já militantes do direito da criança e adolescente.

A lei em comento traz a previsão expressa do dever do Estado de articular políticas públicas para a ação e manutenção da rede de proteção do menor. Como também traz a preocupação redundante do legislador em estabelecer sanções menos gravosas para as contingências ocorridas sem a visível gravidade que justifique medidas mais gravosas. Ela alcançou, pela espetacularização midiática em torno das figuras públicas que defendiam sua aprovação e pelo momento histórico que se apresentava na realidade brasileira, patamares

elevadíssimos de divulgação, de modo que o tema passou a ser discutido nos mais variados meios sociais.

Dessa forma, este trabalho se apresenta com a pretensão de levantar mais questionamentos sobre o tema da violência doméstica infantil, defendendo a ideia da necessidade de atuação mais eficiente do Estado na realização do princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral, como ainda no oferecimento das estruturas e condições para que as famílias se desenvolvam de forma saudável, com controle do Estado sim, mas com autonomia também, sob pena de retirar dos pais a responsabilidade e respeito dos filhos. Defendendo também a afirmativa de que, mesmo sendo a Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada uma produção legislativa redundante e frágil, ela se mostra eficiente sobretudo para esquentar os debates sobre a importância e necessidade de meios eficientes de combate à violência em todos os ambientes que ela possa ocorrer. Somente assim, poder-se-á verificar alguma eficácia da Lei da Palmada sobre a sociedade e sua cultura, como também de todo o direito protecionista em tela.

## REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Evolução histórica do direito da criança e adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAÚJO, Denílson Cardoso de; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. **80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10879>>. Acesso em: 22 de nov. de 2017.

BERLINI, Luciana Fernandes. **A responsabilidade civil dos pais nos casos de violência doméstica contra a criança e o adolescente**. 2009. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BerliniLF\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BerliniLF_1.pdf)>. Acesso em: 24 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei da palmada: análise sobre a violência doméstica infantil**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

BRAGA, Cinara Viana Dutra. **Lei da Palmada**. Disponível em: <[https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista\\_digital/numero\\_09/lei\\_palmada.pdf](https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_09/lei_palmada.pdf)> Acesso em: 19 de jul. 2017.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 03 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 03 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código dos menores**, 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm)>. Acesso em: 18 de set. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de menores**, 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)>. Acesso em: 13 de set. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 03 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 03 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.010, 2014.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)> Acesso em: 03 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **PROJETO DE LEI 7672/2010.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=483933](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=483933)> Acesso em: 20 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação criminal nº 0011433-70.2007.807.0006-DF. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Distrito Federal, 16 de abril de 2009. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5867928/apr-apr-114337020078070006-df-0011433-7020078070006>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

CASSIONATO, Andréa Silva Albas. CASSIONATO, Fernando César Lopes. DIAS, José Francisco de Assis. **A lei da palmada, a dignidade humana da criança e a intervenção estatal na família.** 1. ed. Paraná: Vivens, 2016. Disponível em: <<http://www.humanitasvivens.com.br/livro/3b113b420b7e504.pdf>> Acesso em: 19 de jul. 2017.

CINTRA, Ana. **A responsabilidade médica em relação aos maus tratos de criança e do adolescente e a legislação menorista.** 2008. Disponível em: <<http://www.misodor.com/CRADOL.php>>. Acesso em: 09 de dez. 2017.

DANTAS, Ana Florinda. O Controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. IN: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Temas atuais de direito e processo de família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais.** 2009. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_1/morgan\\_a\\_delfino.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgan_a_delfino.pdf)> . Acesso em 19 de set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/35115381/manual-de-direito-das-familias---maria-berenice-dias---2015>>. Acesso em: 25 de nov. 2017.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Poder familiar: mudança de conceito.** 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8722&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8722&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 30 de nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 12. ed. rev. e ampl. de acordo com a Lei 13.058, de 22-12-2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.31, p. 39-66, ago./set., 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. O princípio do superior interesse da criança: da teoria à prática. **II Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 1999, Belo Horizonte. **Anais...** IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

“Pesquisa mostra que 82% acham que é fácil descumprir a lei no Brasil”. O GLOBO, Rio de Janeiro, 23 de abr. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/pesquisa-mostra-que-82-acham-que-facil-descumprir-lei-no-brasil-8191947>>. Acesso em: 26 de nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Mania de bater**. Disponível em: <[http://www.naobataeduque.org.br/documentos/Mania%20de%20Bater\\_Flavia%20Piovesan.pdf](http://www.naobataeduque.org.br/documentos/Mania%20de%20Bater_Flavia%20Piovesan.pdf)>. Acesso em: 24 de nov. 2017.

ROSADO, Sandra. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. **PROJETO DE LEI Nº 2.654, DE 2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/360122.pdf>> Acesso em 09 de maio de 2017.

“SENADO aprova "Lei da Palmada"; Xuxa acompanha votação e chora”. CORREIO, Bahia, 04 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/senado-aprova-lei-da-palmada-xuxa-acompanha-votacao-e-chora/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

SANCHEZ, Rachel Niskier; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão histórica, social e da saúde. IN: **Violência faz mal à saúde**, Cláudia Araújo de Lima (coord.) et al., Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 298 p.: il. Color. (Série B. textos Básicos da Saúde).

SOUZA, Marilene Proença Rebello de; TEIXEIRA, Danile Caetano da Silva; SILVA, Maria Carolina Yazbek Gonçalves da. Conselho tutelar: um novo instrumento social contra o fracasso escolar? 2003. Maringá. In: **Psicologia em Estudo**, v. 8, n. 2, p. 71-82, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8n2/v8n2a07.pdf>>. Acesso em: 21 de nov. 2017.

TAVARES, José de Farias. **O direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Patrícia Silveira. As medidas pertinentes aos pais, responsáveis ou outras pessoas encarregadas do cuidado de crianças e adolescentes. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira

Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. O conselho tutelar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOMASI, P. D; LINHARES, T.T. “Quarto Poder” e Direito Penal: um olhar crítico à influência das mídias no processo legislativo penal brasileiro. 2015. Santa Maria. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-12.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

“UM ano após a morte do menino Bernardo, julgamento segue sem data”. G1 RS, Rio Grande do Sul, 13 abril de 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2015/04/um-ano-apos-morte-do-menino-bernardo-julgamento-segue-sem-data.html> >. Acesso em: 20 set. 2017.