

RESPONSABILIDADE CIVIL E EFEITOS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ATRIBUÍDOS AO PODER FAMILIAR

Letícia Terra Alves

RESUMO

O objetivo deste trabalho é realizar uma revisão bibliográfico-documental a respeito dos direitos da criança e do adolescente. Foram revistos os códigos e leis que versam sobre o acolhimento do menor, desde 1927 até os dias atuais. Os resultados mostram que, atualmente, privilegia-se a convivência familiar e comunitária, e não mais o acolhimento institucional. Como a família, a sociedade e o Estado são responsáveis por garantir o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à comunitária, em caso de descumprimento desse dever, o dano deve ser reparado, haja vista a responsabilidade civil de cada agente. Quando o dano é reparado, pode gerar efeitos não apenas na vida da vítima quanto na sociedade como um todo, uma vez que a Constituição Federal institui o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Convivência Familiar e Comunitária; Criança; Adolescente; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This study aims to carry out a bibliographic and documental review on Children and Teenagers' rights. We studied the codes and laws in order to deal with child's host, from 1927 to the current days. The results show that nowadays family and community life, and not the institutional care is privileged. As the family, the society and the State are responsible for granting the children and teenagers' rights to live together their family and community, whether this duty is unaccomplished, the damage must be repaired due to every agent's civil responsibility. Repairing damage can generate effects not only in the individual victim lifetime but also in the entire society, because the 1988 Federal Constitution has established the Brazilian State as a democratic rights State.

Keywords: Family and community living. Child. Teenager. Civil responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRAS	Centro de Referência da Assistência Social
CREAS	Centro de Referência Especializado da Assistência Social.
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
PAIF	Programa de Proteção de Atenção Integral a Família
PNAS	Política Nacional de Assistência Social
SUAS	Sistema Único de Assistência Social
SUS	SUS – Sistema Único de Saúde

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Redes sociais	13
------------------------------	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE	7
1.1 Ser humano, ser necessário de pertencimento	8
1.2 As diferentes formas de ser família.....	9
1.3 Proteção aos Direitos das crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária.....	11
1.4 O poder familiar.....	14
CAPÍTULO II AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO EM RELAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE	17
2.1 Os Direitos Fundamentais.....	18
2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais	19
2.3 O princípio constitucional da igualdade	20
2.3.1 Igualdade Formal	21
2.3.2 Igualdade material	21
2.4 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais	23
2.5 Sistema Único de Assistência Social	25
CAPÍTULO III REPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	30
3.1 Responsabilidade Civil	33
3.2 Teoria subjetiva da responsabilidade civil	34
3.3 Responsabilidade civil objetiva	36
3.4 Danos	37
3.5 Análise da responsabilidade civil e seus efeitos em decorrência da reparação ao dano moral.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito Brasileiro, a criança e o adolescente são reconhecidos como sujeitos de direitos e a primazia do maior interesse deles rege todo o ordenamento jurídico. A família, a sociedade e o Estado não devem medir esforços para garantir todo e qualquer direito inerente à criança e ao adolescente dentro do seio familiar. Sabe-se que há fatores que podem impedir a convivência familiar e comunitária, ocorrendo assim, medida protetiva de acolhimento.

Isto posto, o objetivo do presente trabalho foi realizar uma revisão bibliográfico-documental a respeito dos direitos da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária e a importância de garanti-los. A relevância acadêmica deste estudo decorre do fato de que é indispensável ao operador do Direito o conhecimento da legislação e das condições que afetam as crianças e os adolescentes, para que possam agir em conformidade com os dispositivos legais e reconhecer, de fato, esses cidadãos como sujeitos de direitos. O trabalho poderá, assim, auxiliar outros profissionais a garantir os direitos da criança e do adolescente nos termos da lei atual.

Este trabalho se organiza em três capítulos, além desta introdução e das considerações finais. No primeiro capítulo, dispõe-se sobre a importância da família no desenvolvimento da criança e do adolescente, os tipos de famílias e suas obrigações para com os menores. O segundo capítulo refere-se aos deveres do Estado em relação aos menores e o terceiro conceitua e descreve a responsabilização civil de todos os agentes envolvidos e apresenta a necessidade de reparação quando esses deveres não forem cumpridos.

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O primeiro marco legal para consolidar as leis de assistência e proteção a crianças e a adolescentes no Brasil foi o Código de Menores, de 12 de outubro de 1927, também conhecido como o Código Mello Mattos. No artigo 1º era dito que “[...] o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código”.

Naquela época, sem ministérios de Educação, Saúde ou Assistência Social, todo o cuidado era constituído como braço da justiça, relação essa da qual a sociedade brasileira ainda não conseguiu desvencilhar por completo, apesar da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Mais tarde, em 1979, foi instituído o novo Código de Menores por meio da Lei nº 6.697, que ainda era voltado à vigilância de quem se encontrasse em situação irregular. Naquela época, o conflito com a lei ou com normas e regras, bem como a pobreza e o abandono, estavam igualmente inscritos como motivos para que alguém fosse considerado irregular pelo Estado e ficasse sob sua tutela. Diante dessa triste história da infância no Brasil com a violação sistemática de seus direitos humanos, o reconhecimento formal de cidadania a crianças e a adolescentes, na condição de sujeito de direitos, constituiu um grande avanço.

Desde 1990, a norma jurídica brasileira conta com os pressupostos garantistas da chamada doutrina da proteção integral totalmente distinta das ideias do Código de Menores. Nunes (2015) afirma que os princípios e a lógica que constituem o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram construídos antes mesmo de ele se tornar lei e estão associados às lutas democráticas no Brasil para que o País deixasse o autoritarismo da ditadura na década de 1980.

Juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, outras legislações foram inseridas no ordenamento na garantia dos direitos da criança e do adolescente, como por exemplo: SUS – Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90); LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional (Lei 9.394/96); LOAS – Lei Orgânica da Assistência (742/93); SUAS – Lei que institui o Sistema Único de Assistência Social (Lei 12.435/11);

No mesmo sentido, para ampliar e reforçar a importância do direito da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária, principalmente àqueles que estão com os laços fragilizados, foi criada a Lei 12.010/2009, também chamada de Lei sobre a Convivência Familiar e Comunitária na qual uma série de medidas são incorporadas ao ECA tendo como

prevalência o interesse maior da criança e do adolescente, constituindo políticas integradas para a preservação e reestruturação familiar, assegurando o direito básico à vida familiar.

1.1 Ser humano, ser necessário de pertencimento

A Psicologia do Desenvolvimento Humano enfoca maneiras quantitativas e qualitativas pelas quais os indivíduos se modificam no decorrer do tempo. Conforme Papalia e Olds (2009), a Infância e a Adolescência são períodos críticos do desenvolvimento humano, em que o indivíduo cresce de maneira intensa e constitui a sua humanidade. A relação mãe-bebê e criança/adolescente – família constitui o sustento para fixar a personalidade de um indivíduo para a vida toda. A infância bem-sucedida é importante para a criação de confiança no indivíduo, a idade do caminhar vacilante para a autonomia, os anos pré-escolares para a iniciativa, os da adolescência para a identidade, entre outros aspectos e formações.

De acordo com Valente (2013), o ser humano, comparado com outras espécies, é um ser singular por inacabado, porque é um ser de cuidados que tem seu início na absoluta dependência, mas, durante toda a vida, mesmo conseguindo sua autonomia, necessita do outro. Afinal, ele não apenas está no mundo, mas se faz no mundo relacionando-se com o seu meio natural e humano.

Dessa forma, a família está intimamente ligada à existência e à condição humana, por caracterizar-se como um ser de cuidado. Maturana (2001) afirma que as emoções centrais da história evolutiva da humanidade são o amor e a aceitação do outro para convivência, condições necessárias para o desenvolvimento integral do indivíduo e a conservação de sua saúde global na fase adulta. Nesse sentido, o ser humano existe porque se relaciona com o outro.

Para explicar a necessidade de fazer parte de um grupo, necessidade essa de pertencimento do ser humano para se fazer humano, Maturana (2001) parte do estudo do que ocorria há 3,5 milhões de anos, quando os primatas se organizavam em pequenos grupos, como famílias, formados de dez a doze pessoas, incluindo bebês, crianças e adultos para sobreviverem e desenvolviam uma forma de cuidado responsável uns com os outros e com as crias.

Segundo Hoebel (1999), a família, de alguma forma, é a unidade primária da cultura humana e da sociedade. Segundo ele, não existe nenhuma sociedade em que não existam famílias como subsistemas, não existe nenhuma sociedade na qual a colocação inicial dos indivíduos deixe de ser em termos de família e, ainda, a maior parte do conhecimento ou o

conhecimento básico do indivíduo em que se espera que seja partilhado entre todos é adquirido no contexto familiar para a maioria dos indivíduos de uma sociedade.

Conforme bem citado por Souza (2014), mesmo em tempos de crises paradigmáticas de formação de novos laços familiares, a família constitui o melhor lugar para que crianças e adolescentes sejam criados, educados e formados.

A família é o elo determinante das redes sociais primárias da cultura ocidental, na vida cotidiana, no âmbito afetivo e nos processos educativos, pois é precisamente no seio da família que o indivíduo aprende a se relacionar que o orientará ou determinará seus relacionamentos posteriores (SANICOLA, 2008).

A convivência saudável com a família possibilita que:

[...] o indivíduo encontre e estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade um membro ativo e criativo, sem perder sua espontaneidade pessoal nem desfazer-se daquele sentido de liberdade que, na boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo (WINNICOTT, 2005, p.40).

Assim, a necessidade da formação de vínculos familiares se dá em virtude do cuidado, que é de suma importância na constituição e na vida humana. Segundo Boff (1999), cuidar é mais que um ato, é uma atitude. Abrange mais que uma atenção e representa uma atitude de ocupação, de preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro. O teórico supracitado afirma que o ser humano é ser social, por isso, não vive, mas **convive**. É necessário à colaboração de todos para que o cuidado e a responsabilidade se tornem forças formadoras do ser humano. O cuidado visa a proteger e manter as condições que sustentam a vida humana; sem ele, o ser humano morreria em pouco tempo. Para o referido autor, o afeto é demonstrado em forma de cuidado, na proteção que o indivíduo requer, além de proporcionar o crescimento humano, fortalece a sociedade.

1.2 As diferentes formas de ser família

De acordo com Hintz (2001), o indivíduo, como ser biopsicossocial, está inserido no meio ambiente e faz parte da cultura com suas particularidades e modos de criar vínculos com outros seres humanos. Por isso, ela entende que a família, composta de indivíduos, tem que ser entendida dentro do contexto cultural ao qual pertence. Pode-se observar que a instituição familiar tem passado por várias modificações decorrentes de mudanças havidas no seu contexto sociocultural e, por ser uma instituição flexível, ela tem-se adaptado às mais diversas formas de influências. Seja de que forma for, a família foi e seguirá sendo família, sempre que

forem preservadas suas funções referentes a proteção, socialização e estabelecimento de vínculos.

Conforme Hoebel (1999), não haveria nenhuma razão para que os indivíduos assumissem a responsabilidade matrimonial se a satisfação fosse apenas sexual. O teórico afirma, sobre a necessidade da formação do vínculo familiar, que são pertinentes ao ser humano e também, o cuidado dos filhos é de grande importância, pois nenhum substituto evidentemente pode servir às funções do desenvolvimento do menor tão bem como um grupo de parentesco íntimo. Em sua obra traduzida para o idioma Português na década de 1990, ele já afirmava que a família não é necessariamente a pequena família nuclear, isolada na sua unidade de habitação separada. Na análise evolutiva da família, verificamos que, de uma estrutura de hierarquia, a família tende para uma estrutura de igualdade (VAITSMAN, 1994).

Segundo Hintz (2001), após as duas guerras mundiais e a revolução industrial, a família passou por modificações acentuadas, privilegiando mais o indivíduo, com seus valores e capacidades com base nos conceitos de igualdade; para isso contribuiu o surgimento de uma nova perspectiva sobre as questões de gênero. A família moderna após a industrialização passou a ter maiores possibilidades de se constituir através da livre escolha dos cônjuges fundamentada no afeto.

Laing (1983), ao falar sobre as funções que a família desempenha, afirmou que cada uma tem suas especificidades e o que rege cada família são os tipos de relações interiorizadas. Esse conjunto de relações forma padrões de relacionamentos que se integram ao subjetivo do indivíduo que vem a desenvolver um sentido de pertencimento. Dessa forma, pode-se observar que a constituição familiar passou por diversas mudanças e que mais do que o vínculo formado em virtude da consanguinidade, há a necessidade da vinculação afetiva.

A Constituição Federal de 1988 define em seu artigo 226, parágrafo 4: [...] entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 define família natural como a “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Já no artigo 25, em seu parágrafo único, o ECA denomina que família extensa ou também chamada de ampliada é a que se estende para além da unidade de pais e filhos ou a unidade do casal, é aquela formada pelos outros parentes com os quais o indivíduo tem vínculo afetivo. Há também, de acordo com o ECA, em seu artigo 28, a família substituta que é a formada mediante guarda, tutela ou adoção.

De acordo com Hintz (2001) a família pode ser, também: (a) monoparental em virtude de divórcios ou de separações, quando um genitor assume o cuidado pelos filhos e o outro não é ativo na parentalidade ou quando um dos pais é solteiro e o outro não assumiu a parentalidade; (b) família reconstituída em virtude de recasamentos; (c) casais de adolescentes, essa família está intimamente relacionada a gravidez precoce e as decisões familiares passam a ser realizadas por mais pessoas além do casal de pais; geralmente os pais da adolescente de alguma forma assumem os cuidados com o bebê; (d) casais sem filhos por opção, em virtude da priorização da satisfação pessoal; (e) famílias unipessoais formadas por pessoas que optam por ter um espaço físico individual, localizando-se principalmente nas grandes cidades; (f) associação – pessoas que escolhem uma rede de parentesco baseada na amizade; (g) casal homoafetivo, com ou sem filhos.

Conforme bem se posicionou Tartuce (2015), a afetividade constitui um princípio ligado ao direito de família, pois ela é inerente às relações familiares atuais.

1.3 Proteção aos Direitos das crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária

Tendo em vista a importância da família na formação e evolução do indivíduo e em razão da peculiar condição de desenvolvimento, crianças e adolescentes têm como direito assegurado a convivência familiar e a comunitária. De acordo com Souza (2014) no Brasil, o assunto ganhou relevo nas últimas décadas, principalmente em razão da atuação de organismos internacionais de defesa dos direitos e garantias individuais. A nova ordem constitucional eleva o princípio da dignidade humana e o da proteção integral à criança e ao adolescente, indivíduos em desenvolvimento, princípio da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente. Em outras palavras, deve ser observada com rigor a efetiva implementação ou realização dos direitos das pessoas em sua inicial formação e reconhecidas expressamente a importância e a necessidade da convivência familiar e comunitária na formação do menor.

Conforme a promulgação da Carta Magna e do Estatuto da Criança e do Adolescente, esses indivíduos saíram da condição de objetos para seres de direitos na ordem jurídica, como pode ser citado o artigo 227 da Constituição Federal, entre outros que versam a respeito do assunto.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, toda criança é a pessoa até doze anos incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade,

sendo que o nascituro, ou seja, aquele que há de nascer; gerado, mas ainda não nascido também tem proteção aos seus direitos. No mesmo ordenamento, em seu artigo 3º, é dito sobre os direitos inerentes a eles:

Artigo 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei e outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 1990).

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos fundamentais e, em virtude de sua peculiar fase de desenvolvimento, devem ter todos os seus direitos garantidos em conjunto com o respeito ao direito da convivência familiar e comunitária. O direito à convivência familiar está previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1999).

Não há dúvidas de que o direito à convivência familiar é necessário ao desenvolvimento saudável e a qualidade de vida da criança e do adolescente, qualquer arranjo familiar que seja.

Deve-se assegurar também o direito à convivência comunitária a criança e ao adolescente, pois como foi dito sobre os aspectos referentes ao desenvolvimento humano, o indivíduo é um ser sociável e, nesse sentido, é na infância que se inicia o processo de socialização quando a criança dá início à vida escolar, interage com outras crianças e adultos e promove os avanços nos processos cognitivo e emocional e é na adolescência em contato com os seus pares que consolida e fortalece sua identidade.

Além disso, a comunidade na qual qualquer indivíduo está inserido constitui verdadeira fonte de afeto e rede de apoio aos diversos tipos de demandas apresentadas pelas pessoas no decorrer da vida. No sentido amplo, a rede social:

[...] é o conjunto de relações interpessoais a partir das quais a pessoa e/ou a família mantém sua própria identidade social. Esta identidade compreende hábitos, costumes, crenças e valores característicos de uma determinada rede. Da rede social a pessoa e/ou a família recebe o sustento emocional, ajuda material, serviços e informações, tornando-se possível o desenvolvimento de relações sociais. A diversidade das redes depende de

como elas foram originadas e dos bens que nelas circulam.” (MARICONDI, 2003, p. 5).

Como se pode perceber, além da convivência familiar, a comunitária faz-se necessária como fonte de afeto e auxílio mútuo às famílias e seus entes. Maricondi (2003) ainda classifica os tipos de redes: (a) redes sociais primárias compostas por relacionamentos entre pessoas em virtude do vínculo de reciprocidade; (b) redes secundárias formais constituídas por instituições sociais de existência oficial que fornecem determinados serviços tendo como fundamento o vínculo de direito; (c) redes secundárias informais em que são fundadas pelo vínculo de solidariedade entre pessoas para auxiliar em um problema a ser enfrentado por alguém ou uma coletividade. Essa rede, se permanecer, poderá tornar-se parte da rede secundária do terceiro setor caracterizadas por intercâmbio de vínculos de direito e de solidariedade. Como exemplo podem-se citar as associações, cooperativas sociais e fundações; (d) redes secundárias de mercado referentes a atividades econômicas rentáveis. A Figura 1 ilustra essas redes.

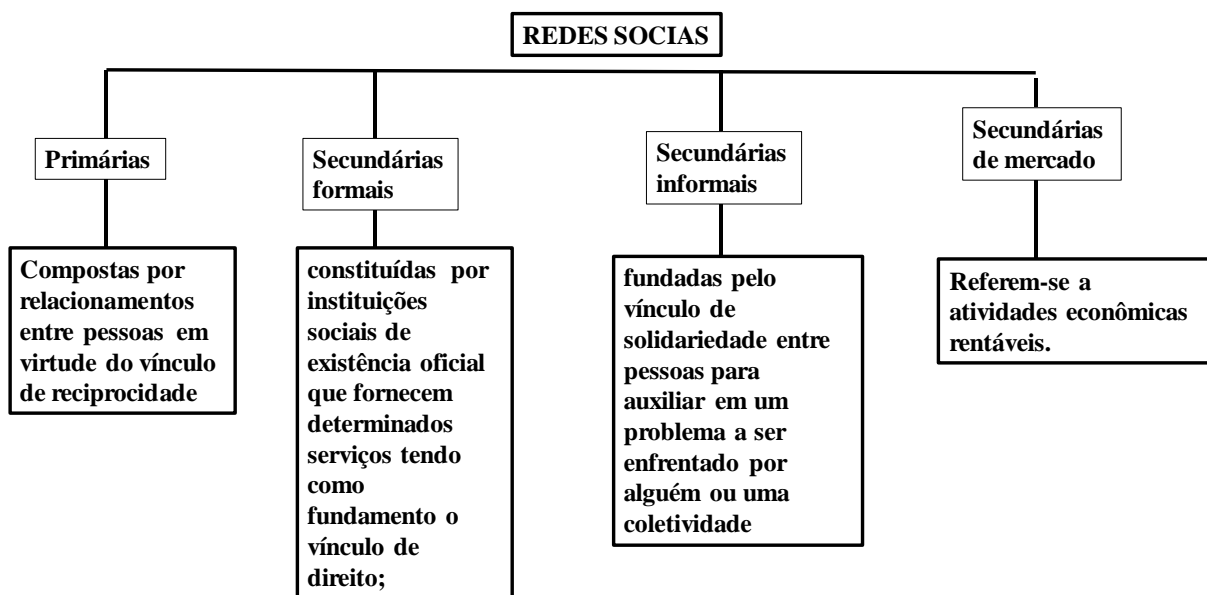


Figura 1 Redes sociais

Fonte: Organizada pela pesquisadora, com base em Maricondi (2003, p. 5)

Conforme Souza (2014), o Poder Constituinte Originário Brasileiro, ancorado na opção internacional pela proteção integral e prioritária das entidades familiares contemporâneas, fixou dois parâmetros para a proteção dos direitos da infância e da juventude que deve ser a preventiva e aquela realizada integralmente nos respectivos espaços familiares e comunitários. Assim, dada a importância do vínculo familiar e social, o direito à

convivência familiar e comunitária traduz-se em um dos mais autênticos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

1.4 O poder familiar

A norma positivada determina de maneira clara que a família é responsável por assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Especifica-se, pois, o poder familiar, porque refere-se às relações jurídicas entre pais e filhos menores. Segundo Rizzardo (2006), mais do que um poder como o próprio nome diz, constitui-se uma relação do exercício de várias atribuições, cuja finalidade é o bem do filho. É uma conduta de proteção, de acompanhamento e de orientação realizada pelos pais aos seus filhos.

Conforme estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 229, no Código Civil Brasileiro no seu artigo 1.634 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 22, o poder familiar pertence naturalmente aos pais biológicos, como decorrência da consanguinidade. Eles devem assistir seus filhos no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, conferir-lhes todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, responsabilizar-se por sua criação, proteção, educação, guarda e assistência material, moral e psíquica. Não há dúvida de que cabem aos pais todos os cuidados inerentes à criança e ao adolescente e que a permanência na companhia deles é imposta pela própria necessidade de cuidar e de educar.

Além disso, o doutrinador afirma que o Poder Familiar refere-se a um *múnus público*, pois o Estado se interessa pelo seu bom desempenho, tanto que existe a normatização sobre o exercício dele.

Aos genitores, em igualdade de condições, como diz o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é atribuído o poder familiar, entendido como mais do que um direito dos pais, é um dever inerente à condição paternal, como já foi dito. De acordo com Rizzardo (2006), no caso de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, caso os filhos fiquem sob a guarda de um dos progenitores, ao outro é reservado o direito de visitas. Não há, porém, relativamente a esse progenitor, a perda, nem sequer a suspensão do exercício do poder familiar. Assim, após separação, ambos os genitores continuam titulares do poder familiar. Contudo, os deveres e direitos são distribuídos, porque é impossível o

exercício em conjunto, em virtude da ausência de uma moradia comum. Além disso, como bem falou Skaf (2011) quando a guarda de uma criança ou adolescente é dada a um terceiro, a mesma não suprime o exercício do poder familiar, por um dos pais ou ambos, torna-se apenas diluída, à medida que são atribuídos ao guardião alguns direitos e deveres inerentes ao poder familiar.

É fundamental pontuar que, conforme os artigos 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1596 do Código Civil, todos os filhos menores, havidos do casamento, ou fora dele, frutos de união estável, adotivos ou legalmente reconhecidos estão sob a proteção do poder familiar de acordo com o princípio da igualdade entre os filhos.

Inúmeros são os encargos dos pais aos filhos. O artigo 1634 do Código Civil enumera uma série de deveres dos pais no exercício do poder familiar:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. dirigir-lhes a criação e educação;
- II. tê-los em sua companhia e guarda;
- III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV. nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V. representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002)

Os deveres elencados são todos de fácil compreensão, cabendo apenas a explicação do inciso V; conforme Rizzardo (2006), aos genitores é permitida a representação ou assistência nos atos da vida civil e, se um discordar do outro, resta ao discordante a tentativa de impugnação judicial.

A representação é para os atos da vida civil de pessoas até dezesseis anos de idade; a partir dos dezesseis anos de idade, quando o indivíduo deixou de ser incapaz e tornou-se relativamente capaz, nos atos jurídicos, necessita de assistência. Tanto a representação quanto a assistência cabem a quem tem o poder familiar – os genitores.

A normatização pertinente às atribuições do poder familiar é apenas exemplificativa, porque elas não se esgotam no que determina a lei, mas no que é necessário para garantir a integral proteção dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988 diz que os pais têm o dever de assistir, de criar e de educar os filhos menores. O *caput* do artigo 227 da Carta Maior também fala

sobre o exercício do poder familiar, entre tantos outros direitos inerentes à infância e juventude; também é mencionado no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificadamente em seu artigo 22.

De acordo com Skaf (2011), é por meio do exercício do poder familiar que o indivíduo cresce e se desenvolve, constrói seus valores e aprende a agir e a avaliar suas ações e omissões com base na sua dignidade humana.

Assim, a companhia dos pais e o exercício do poder familiar são imprescindíveis para o desenvolvimento, o bem-estar e, ainda, a construção de uma personalidade saudável no indivíduo, com efeitos na construção de uma sociedade com valores necessários à ordem e ao seu progresso.

CAPÍTULO II

AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO EM RELAÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei Maior, também chamada de Constituição Cidadã, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade, em seu preâmbulo já declara que o Brasil é Estado Democrático de Direito.

A consagração do Estado Democrático de Direito e, portanto, a soberania popular também podem ser percebidas já no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

De acordo com Faria (2013), a democracia é a forma de governo que tem como base o princípio da soberania popular, ou seja, quando a população governa no sentido do interesse geral e por fundamento tem-se a igualdade e a liberdade. Segundo a autora, há três maneiras de o povo exercer o poder por meio da democracia: direta – na qual o povo exerce por si mesmo o governo em assembleias gerais; indireta – na qual o povo, embora seja titular do poder, esse poder é exercido por seus representantes eleitos; semidireta ou participativa – em que os institutos de representação estão em conjunto com a participação direta. Esse tipo de democracia é o adotado e almejado pela Constituição Federal de 1988 e que instituiu o Estado Democrático de Direito.

Conforme Gomes (2013) afirmou, na democracia híbrida que o Brasil estabeleceu, o caráter representativo encontra a possibilidade de confiar a alguns indivíduos a possibilidade de estabelecer normas constitutivas do ordenamento estatal, por serem representantes do povo, do bem comum e do interesse social e, ao mesmo tempo, o caráter direto da democracia permite a participação da população no controle e gestão da administração pública. A democracia pressupõe a participação popular que está além do sufrágio universal, do voto direto e secreto, com valor igual para todos.

De acordo com Streck e Moraes (2008, *apud* GOMES, 2013), o Estado Democrático de Direito não revolucionou as estruturas sociais, contudo, incorporou características novas ao

modelo tradicional, ou seja, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com esse modelo a incorporação efetiva da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado para garantir condições mínimas de existência aos cidadãos. Assim, o Estado tem que ser capaz de atender aos anseios da sociedade, consolidando suas vontades e ações em políticas públicas.

Nesse sentido, com o advento da Constituição Cidadã, diversos foram os direitos humanos consagrados expressamente pelo ordenamento jurídico, tornando-os assim, direitos fundamentais, tendo em vista a garantia do mínimo existencial humano, ou seja, o que é indispensável à sobrevivência humana para que se viva com o mínimo de dignidade.

2.1 Os Direitos Fundamentais

De acordo com Marmelstein (2011), os direitos fundamentais são normas jurídicas intrinsecamente relacionadas à dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Vincular os direitos fundamentais ao Estado induz a pensar em respeitar e em assegurar o interesse e a necessidade de todos os grupos sociais, inclusive das minorias. Ainda, é preciso apontar que mesmo os direitos fundamentais sendo positivados, como bem apontou Pardo (2005), eles não se esgotam naqueles direitos reconhecidos pelo poder constituinte; o reconhecimento de novos direitos fundamentais é uma questão de interpretação e aplicação da Constituição Federal e estão submetidos a um permanente processo de expansão em virtude de seu caráter dinâmico.

Alexy (2000) afirma:

Os direitos humanos são direitos que todos os seres humanos possuem com independência de seu reconhecimento pelo direito positivo. Todos os direitos humanos deveriam ser catalogados como direitos fundamentais em todas as constituições. Ademais dos direitos humanos, as constituições podem conter outros direitos fundamentais (ALEXY, 2000, *apud* PARDO, 2005. p. 159).

Assim, ainda que os direitos humanos não sejam positivados, eles são existentes e, por isso, devem ser reconhecidos e garantidos.

2.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais

De acordo com Marmelstein (2011) a teoria das gerações dos direitos foi criada por Karel Vasak. A Primeira geração, segundo o autor, deu início à reação da classe burguesa ao Estado absolutista em que a vontade do soberano estatal estava acima de qualquer concepção jurídica. Essa fase é marcada pela passagem do Estado autoritário para o Estado de direito. Nesse contexto, exige-se respeito às liberdades individuais e absentismo estatal, bases da Revolução Francesa.

Conforme Lenza (2012), o reconhecimento dos direitos individuais a respeito das liberdades públicas e aos direitos civis e políticos, direitos esses de resistência e oposição ao Estado Absolutista, surge com maior impacto nas primeiras constituições escritas. De acordo com Marmelstein (2011) os direitos políticos, cuja primordial finalidade era a regulamentação do exercício democrático do poder que permitisse a participação do povo na tomada de decisões políticas, ou seja, direito de igualdade, na prática, não garantia isonomia entre os seres humanos em nenhum plano, quer seja, político, social ou econômico, pois a igualdade era apenas formal.

A partir do século XIX, em virtude das péssimas condições de vida e de trabalho do operário europeu em virtude da Revolução Industrial Européia que trouxe maior ascensão e prosperidade à classe burguesa, mas inúmeros e graves problemas sociais e, em seguida, no início do século XX, que foi marcado pela Primeira Guerra Mundial, dá-se início à segunda geração de direitos (MARMELSTEIN, 2011).

Ainda de acordo com Marmelstein (2011), o Estado não conseguiu garantir a harmonia entre as classes sociais e a classe operária se organizava em grupos, reivindicando direitos em prol de qualidade de trabalho e vida. Neste contexto, nasceu o Estado do Bem-Estar Social, que sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo, respeitava os direitos conquistados na primeira geração. O Estado comprometeu-se a promover maior igualdade social e a garantir condições básicas para uma vida digna à população. A segunda geração se deu com base no dever do Estado de possibilitar à população melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade com pressuposto no próprio exercício de liberdade, o princípio da igualdade nesse momento é material.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve a internacionalização de valores que, de acordo com Marmelstein (2011), são: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, ao preservacionismo ambiental, proteção dos consumidores, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação. Nesse contexto de solidariedade

mundial, em virtude das atrocidades ocorridas anteriormente principalmente no período das Grandes Guerras e ao intenso desenvolvimento tecnológico e científico, surgem os direitos da terceira geração que estão intrinsecamente relacionados à proteção de todo o gênero humano e não apenas a um grupo de indivíduos.

A evolução dos direitos fundamentais não parou nos direitos de terceira geração. A luta pela dignidade humana é constante na História da humanidade e as normas jurídicas devem, constantemente, adaptar-se às aspirações que vão surgindo. Como destacou Marmelstein (2011), já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima geração que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos e com as descobertas genéticas. Assim,

[...] Nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam — além dos direitos de liberdade — também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses [...] (BOBBIO, 2004, p. 46).

Não há qualquer hierarquia entre as gerações, mas entende-se que é importante destacar e contextualizar as três primeiras gerações, pois demonstram o processo de evolução do Estado como garantidor de direitos, o início efetivo da positivação dos direitos humanos, essenciais à condição humana e, principalmente, a necessidade de se pensar no respeito ao interesse individual e coletivo. Conforme Ferreira (1957), a interpretação ampliada da democracia compreende como Estado constitucional das maiorias, com base na liberdade e na igualdade, garantindo também os direitos das minorias, pois cada pessoa goza de orientação e de apoio para acessar os meios de se fazer respeitar no atendimento de suas necessidades básicas. Assim, entre tantos princípios que envolvem o respeito à dignidade humana, o princípio da igualdade e a diferenciação da igualdade formal e material, fazem-se necessários no presente trabalho.

2.3 O princípio constitucional da igualdade

Segundo Bobbio (1992, p. 11), a igualdade pode ser conceituada como “[...] um valor constante das ideologias e teorias políticas, um valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada e, portanto, [...] como aspiração dos homens vivendo em sociedade”. Há dois tipos de igualdade: a formal e a material, conforme se explicita a seguir.

2.3.1 Igualdade Formal

Quando duas pessoas têm o mesmo estatuto em, pelo menos, um aspecto normativamente relevante, devem ser tratadas da mesma forma. Esse é o princípio da igualdade formal, que Aristóteles formulou em referência a Platão: "tratar casos igualmente" (ARISTÓTELES, 1991). Claro que a questão crucial é determinar os aspectos que são normativamente relevantes e os que não o são. Mas a maioria dos autores, em vez de salientar o que está aqui em jogo (um princípio moral da justiça), basicamente correspondem com reconhecimento da natureza imparcial e universalizável dos juízos morais. Ou seja, o postulado da igualdade formal exige mais do que a consistência com as preferências subjetivas de cada um.

Um exemplo da igualdade formal é o artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República, entre os quais, destaca-se o princípio da igualdade:

Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

2.3.2 Igualdade material

Por algum tempo, a igualdade perante a lei foi identificada como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Nesses moldes, a igualdade, em termos concretos, não passava de mera ficção, uma vez que se resumia em uma ideia de igualdade meramente formal e se satisfazia com ela.

Para alcançar a efetividade do princípio da igualdade, deveriam ser considerados, em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também alguns comportamentos inevitáveis da convivência humana. Apenas proibir a discriminação não garantiria a igualdade efetiva. Daí surgiu o conceito de igualdade material ou substancial, que passou a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

Conforme leciona Bandeira de Mello (2005, p. 41), o *discriminem*, para ser legal, deve ser conveniente com a isonomia, e para tanto, necessário se faz que ocorram quatro

elementos: (a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; (b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; (c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; (d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Sendo assim, segundo o professor Bandeira de Mello, para reequilibrar as desigualdades, são necessárias atitudes por parte dos governantes, atuando nas diferentes situações com atos imediatos e mediatos.

Dispõe Canotilho (1999, p. 577) sobre o princípio da igualdade, salientando que é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária:

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? ... existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear em um: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável (CANOTILHO, 1999, p. 577).

Dessa maneira, os direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos existem com o Estado Democrático de Direito que tem como estrutura a proteção dos direitos fundamentais por meio do dever de oferecer condições mínimas aos indivíduos, aos grupos e a toda a coletividade, tendo, para isso, que utilizar o princípio de igualdade, mas não meramente formal e sim a material, para que o Estado seja, de fato, democrático.

2.4 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais

De acordo com Lenza (2012), os direitos fundamentais são disposições declaratórias no ordenamento jurídico e, por isso, necessitam de disposições assecuratórias, ou seja, garantias que são instrumentos por meio dos quais se assegura o exercício dos direitos fundamentais ou prontamente os repara, caso violados.

O Estado brasileiro, por intermédio da instituição do Estado Democrático de Direito, coloca a cidadania civil, política e social, inclusive de criança e adolescente, sujeitos de direitos, na dianteira de todas as ações e medidas protetivas para que sejam de fato os direitos fundamentais garantidos.

Contudo, não se pode garantir com prioridade os direitos infantojuvenis, sem garantir, à criança e ao adolescente, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, para que concomitantemente ocorra a proteção de outros direitos e se garanta o desenvolvimento pleno de todas as capacidades do menor.

Nesse sentido, o Estado é devedor das proteções sociais, é corresponsável pela garantia de cada direito infantojuvenil. Efetivar com absoluta prioridade os direitos das crianças e adolescentes é promover a família no que for necessário para que a criança e o adolescente tenham em seu seio familiar o lugar propício para crescer e viver.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 prega: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Foi determinado que a família, independente de qual seja, deverá receber especial e integral proteção do Estado para que garanta à dignidade de seus membros.

Conforme estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código Civil Brasileiro, no Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família realizar os cuidados necessários à criança e ao adolescente. Contudo, os pais por serem humanos, têm recursos limitados. As dificuldades e crises familiares podem ocorrer. A família está em constante mudança, pois participa da dinâmica própria das relações sociais. No contexto das mudanças culturais, econômicas e sociais, a família reage às transformações externas, se modificando constantemente. No seu âmbito podem ocorrer desigualdades entre o casal, entre pais e filhos, entre pessoas de diferentes gerações.

Ainda que a família tenha sua incumbência de cuidar dos seus entes menores, encontrando-se fragilizada por alguma razão, deverá o Estado garantir a proteção integral às crianças e aos adolescentes no seio de sua família.

Conforme Souza (2014), em situação de normalidade democrática e com o seguro funcionamento das instituições republicanas, pelo menos momentaneamente e sem o iminente perigo de retrocessos governamentais, as ações estatais devem conformar-se aos modernos paradigmas internacionais e constitucionais, sendo elementar o domínio dos fundamentos trazidos pela Convenção dos Direitos da Criança de 1990.

O Estado não é eximido de suas obrigações com as famílias em situação de vulnerabilidade ou risco, o que pode ser confirmado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Há também inúmeras manifestações dos tribunais pátrios, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da decisão do Ministro AYRES BRITTO:

Daqui se conclui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que são pessoas em estado de desenvolvimento psicológico, físico e espiritual. Nesse contexto de prioridade e de necessária integralidade quanto à proteção, cabe ao Estado implementar uma série de políticas públicas com a finalidade de garantir efetividade à determinação constitucional de proteção integral. E não há que se perpetuar o discurso de impossibilidade orçamentária para a realização das medidas necessárias à proteção de crianças e adolescentes, dado que, desde 1988, é muito clara a opção constitucional de garantia absoluta de proteção por parte da família, da sociedade e, frise-se, do Estado (STF. RE n. 583291/SP. Relator: Ministro AYRES BRITTO. Julgamento: 16/12/2011. Publicação: DJe-026, de 06/02/2012).

Segundo Sêda (2002), os direitos se concretizam quando as pessoas, deixando de ser maltratadas, são atendidas em suas necessidades básicas, para viver com um mínimo de dignidade. De acordo com o autor, pessoas que não sabem e não podem acessar os meios pacíficos para cessarem as necessidades básicas próprias da condição humana, não vivem de forma digna.

O ECA merece destaque pois, na mesma linha constitucional, garante a proteção à infância e a juventude, bem como determina as medidas para o cumprimento do comando legal. As medidas de proteção têm o intuito de proteger e fortalecer não só as crianças e os adolescentes, mas também as entidades familiares. O senso de pertencimento familiar e o apego devem ser prestigiados pelos órgãos públicos, posto que o rompimento dos vínculos parentais e familiares provoca sérias consequências na saúde e no desenvolvimento da criança e do adolescente.

A Assistência Social é fundamental na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo tendo a quem dela necessitar, conforme descrito no artigo 203 da Constituição Federal:

A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo aas crianças e adolescentes carentes [...] (BRASIL, 2008)

De acordo com Sêda (2002), no atual duplo sistema, que é o Estado Democrático de Direito, a Assistência Social não mais diz respeito apenas aos usuais e costumeiros atos de assistencialismo ou favores. A Assistência Social é agora proteção integral à cidadania de todos com prioridade para a faixa infantojuvenil da população. Para haver proteção, deve haver Assistência Social para que as pessoas saibam onde, quando, através de quem e como podem ser atendidas em suas necessidades básicas.

A prestação de atendimento a quem necessita se dá pelo profissional da área de atuação da demanda do indivíduo. O serviço pode ser prestado, segundo Sêda (2002), em conformidade com o já mencionado artigo 203 da Constituição Federal, por diversos profissionais de diferentes áreas para que essa proteção seja dada, a quem dela necessita. Esse é o objeto da política pública denominada Assistência Social.

Essa proteção na Assistência Social é exigível e deve ser prestada enquanto o estado de necessidade perdurar e está em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente que reforça, em seu artigo primeiro, a proteção integral, ao afirmar que referido estatuto “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

2.5 Sistema Único de Assistência Social

A política de Assistência Social, em sua normatização traz a compreensão de que as circunstâncias sociais são determinantes para a proteção e autonomia da família. Reconhece-se assim, que a capacidade do grupo familiar em desempenhar suas atribuições está intimamente relacionada ao contexto sócio-histórico, econômico e cultural que o circunda.

Souza (2014), em conformidade com a legislação, afirma que as crianças e adolescentes devem permanecer com suas respectivas famílias naturais, extensas ou ampliadas, cabendo ao Estado e à sociedade desenvolver esforços, programas, projetos e ações no sentido da proteção integral dos núcleos familiares, dentro da responsabilidade constitucional compartilhada e solidária.

Com o propósito acima elencado, a Assistência Social, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a integrar o Sistema de Seguridade Social, como política pública não contributiva. A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (1993) estabelece os objetivos,

princípios, diretrizes e a organização da política que deve atender a todos que dela necessita. Essa organização é feita para promover a capacidade de proteção familiar e comunitária, fortalecimento de vínculos e promoção de autonomia.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006) reafirma a necessidade da criação de programa de apoio sociofamiliar, responsável por articular as políticas públicas, para a superação ou restauração dos direitos ameaçados ou violados de crianças e adolescentes.

Assim, a Assistência Social é organizada por um sistema – SUAS – Sistema Único de Assistência Social – conforme estabelece a nova Política de Assistência Social (PNAS/2004). O SUAS foi criado no ano de 2005 e é caracterizado pela gestão compartilhada e financiada pelos três entes federados. As ações ocorrem no território onde as famílias residem, de acordo com a demanda de cada comunidade. As ações são realizadas por dois tipos de proteção: a básica e a especial, esta é dividida em média e alta complexidade.

O Ministério de Desenvolvimento Social (2004) implantou a Proteção Social Básica, que é voltada à prevenção de situações de risco pessoal e social, fortalece as potencialidades e os vínculos familiares e comunitários. O Centro de Referência da Assistência Social – CRAS – é a unidade pública da Assistência Social, de base municipal, destinada a prestação de serviços e programas socioassistenciais da proteção social básica. O Programa de Proteção de Atenção Integral a Família – PAIF – é um programa necessariamente oferecido nos CRAS. Presta serviços de acolhimento, acompanhamento e inserção em serviços socioeducativos e de convívio, encaminha as famílias para outros serviços socioassistenciais de outras políticas.

Já a Proteção Social Especial é voltada para as famílias já em situação de risco pessoal e/ou social, ou seja, que já estão com os seus direitos violados e que necessitam da reconstrução de vínculos familiares e comunitários.

Nesse contexto, a proteção social especial tem por direção: a) proteger as vítimas de violências, agressões e as pessoas com contingências pessoais e sociais, de modo a que ampliem a capacidade para enfrentar com autonomia os revezes da vida pessoal e social; b) monitorar e reduzir a ocorrência de riscos, seu agravamento ou sua reincidência; c) desenvolver ações para eliminação/redução das infringências aos direitos humanos e sociais (BRASIL, s/d, p. 3).

O Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS – é a Unidade municipal de referência e articulação da proteção especial de média complexidade, responsável pela avaliação psicossocial, orientação e apoio especializado e continuado a

indivíduos e famílias que estejam com seus direitos violados, mas sem o rompimento de vínculos.

A proteção social trabalha na perspectiva da intersetorialidade, ou seja, a rede de serviços socioassistenciais em conjunto com as demais políticas públicas e instituições que compõem o sistema de garantias de direitos devem trabalhar de maneira articulada e em conjunto, conforme a necessidade de cada caso, para que as famílias, sempre que necessário, sejam protegidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente identifica os inúmeros agentes de atuação que compõem o denominado sistema de garantias de direitos, que consiste no conjunto das políticas de atendimento dos conselhos de defesa dos direitos da criança e do adolescente e conselhos tutelares, das instituições do Poder Judiciário, Defensoria Pública e organizações da sociedade civil.

Todas as medidas protetivas elencadas de maneira exemplificativa no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescentes podem ser realizadas para que a família seja protegida e promovida e, conseqüentemente, tenha condições de garantir os direitos das crianças e o dos adolescentes no seu seio familiar.

O artigo 101 do mesmo Estatuto também elenca o rol de medidas protetivas sempre que as crianças e adolescentes se encontrarem em uma das hipóteses do artigo 98 do ECA.

Ainda, como já citado, existe a proteção especial de alta complexidade, criada para casos em que não há familiares, ou não podem ser localizados ou se constata incompatibilidades insuperáveis, como acontece em algumas situações extremas; nesses casos, é necessário buscar outras soluções, fora da família nuclear ou extensa, sempre tendo como base a mais breve reintegração familiar (KREUZ, 2012).

Conforme o artigo 101, §7º do Estatuto da Criança e do adolescente, o acolhimento institucional ou familiar, quando realmente necessário, deve acontecer em local próximo à residência dos pais, com o objetivo de facilitar o acesso, a manutenção dos vínculos, quando recomendado, bem como a aplicação de medidas de auxílio para promoção da família.

Independente da nomenclatura, todas as modalidades de acolhimento estão previstas no artigo supracitado do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo seguir os parâmetros dos artigos 90, 91, 92, 93 e 94 (no que couber) da referida Lei. Conforme descrito no artigo 101, §1º do ECA, o acolhimento institucional é uma medida de proteção de caráter provisório e excepcional, utilizada para crianças e adolescentes em situação de risco.

Além do acolhimento institucional, o artigo 101 do ECA trazido pela Lei nº 12.010/09 determinou a colocação de crianças e adolescentes, na qualidade de vítimas da família, da

sociedade e do Estado, em programa municipal de acolhimento familiar nos mesmos moldes do acolhimento institucional. Acredita-se que, de maneira excepcional e temporária, o acolhimento familiar pode ser uma alternativa ao acolhimento institucional ao menor o que menos fere o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, posto que os membros da família acolhedora serão preparados pelo programa municipal e pela equipe técnica da Vara da Infância e Juventude e haverá a possibilidade de reduzir os graves danos psicológicos provocados pela institucionalização.

O programa de Família Acolhedora está previsto também no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006). Essas medidas devem priorizar o fortalecimento dos laços familiares e comunitários, visando à reinserção da criança ou do adolescente em sua família natural ou extensa e, caso a reinserção não seja possível, sua colocação em família substituta, por meio dos institutos jurídicos da guarda, tutela e adoção, que são determinados, caso ocorra a extinção do Poder Familiar, em virtude do descumprimento dos deveres e responsabilidades a eles inerentes.

A esse respeito, o Código Civil (2002) preceitua:

Artigo 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2002)

Pode-se perceber que há formas de extinguir o poder familiar em decorrência de fatores da natureza, independente da vontade dos genitores. Contudo, essa extinção ocorre quando há adoção, em casos em que os genitores renunciam o poder familiar ou quando há sentença declarando a perda ou extinção em virtude da ação ou omissão dos genitores como bem descreve o artigo 1.638 do Código Civil que assim dispõe:

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

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

Para melhor compreensão da extinção do poder familiar, é importante posicionar sobre a suspensão do poder familiar, conforme o artigo 1637 do Código Civil afirma:

Artigo 1637. 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 (BRASIL, 2002).

Pode-se perceber que a regra é clara, cabe aos genitores exercer o poder familiar inerente à condição de pais. De acordo com Rizzardo (2006), caso os genitores se mostrem incapazes de proteger os direitos dos seus filhos, impedindo-os de ter o seu desenvolvimento saudável em ambiente acolhedor em que prevaleça o princípio da dignidade humana, ou seja, pelo mal exercício do poder familiar, este pode ser suspenso.

O Estatuto da Criança e do Adolescente como posicionou Rizzardo (2006) determina obrigações aos pais e a suspensão do poder familiar, se essas obrigações não forem atendidas. O pedido de suspensão ou perda do poder familiar é feito ao juiz que avaliará a situação da criança ou adolescente e os comportamentos e decisões dos genitores prejudiciais a ele e, de acordo com a gravidade do contexto familiar, decidirá o juiz pela suspensão ou perda do poder familiar.

CAPÍTULO III

REPONSABILIDADE CIVIL NA TUTELA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme Nicomedes (2015), na recente história da moderna democracia do Estado brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma referência e resultado do Brasil como república, que fundou sua carta política na primazia dos direitos humanos. Como lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi sancionado com o objetivo de certificar a proteção integral da criança e do adolescente por todo e qualquer meio necessário. Para isso, posiciona a família, a sociedade e o Estado na ação de priorização de interesses da população infantojuvenil.

O Poder Constituinte, dessa maneira, protegeu as entidades familiares, inclusive contra os próprios representantes do Estado e, de acordo com Souza (2010), o poder constituinte originário aprovou a Constituição Federal de 1988, ao passo que o poder derivado mediante emendas constitucionais poderá modificar o texto constitucional. Todavia, deverá respeitar os limites que são as cláusulas pétreas que contêm os direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária não pode sofrer modificação ou restrição constitucional.

Tem-se então os responsáveis para assegurar os direitos infantojuvenis, na sua integralidade: a família, no sentido geral e estrito que é dada aos pais pelo poder familiar que lhes é conferido e é dever legal; a sociedade, pois segundo Kreuz (2012), ela, por sua vez, também tem enorme responsabilidade, promovendo inclusão social, denunciando violações aos direitos da criança e do adolescente aos órgãos competentes, cobrando a efetivação dos direitos infantojuvenis. Ainda, a rede de proteção aos direitos da criança e do adolescente não se limita aos órgãos públicos, mas também aos organismos não governamentais e ao Estado, por meio da implantação de toda e qualquer política pública que se fizer necessária para assegurar a proteção da criança e do adolescente. Ainda, conforme Sêda (2002) afirma, a atuação do Estado frente às necessidades das crianças e dos adolescentes deve ser com base na lei da oferta e da procura, sobre a não oferta de proteção.

É importante apontar que Favero (2007) afirma que foi convencionalmente socialmente que os genitores têm que amar o filho. Amar significa, nesse contexto, cuidar adequadamente do filho, no sentido de cumprir com o exercício do poder familiar que lhes são atribuídos. De acordo com Favero (2007), muitos estudos foram feitos e ela cita Badinter que pesquisou sobre “o mito do amor materno” e demonstrou que o amor dos genitores não é inato, depende

de diversas condições como as sociais, econômicas, históricas, ou seja, condições que propiciam a construção do apego.

Dessa forma, a construção afetiva familiar em muitos contextos familiares pode ser limitada ou impedida em virtude das precárias condições de subsistência. Nesse contexto, a ação da sociedade como rede de apoio às suas famílias e as ações do Estado fazem-se necessárias como bem é posto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sem a devida ação por parte da família, da sociedade e do Estado, na defesa dos direitos da infância e juventude, o asseguramento da proteção integral à criança e ao adolescente é nulo ou é lento. Carvalho (2003) afirma que, infelizmente, essa é a realidade brasileira. O caminho da cidadania infantojuvenil continua longo, difícil e demorado, principalmente pela falta de políticas públicas e de ações estatais retrógradas.

Se o cuidado não ocorre, os direitos da criança e do adolescente são violados e, assim, podem ocorrer as sanções pelo Estado por meio do Poder Judiciário. Retira-se, em inúmeros casos, uma criança/adolescente do seio familiar para protegê-la, pune-se, assim, a parte mais frágil e desprotegida das relações sociais.

Percebe-se que a ausência de políticas e serviços públicos efetivos e a falta de informações ou acesso ao Poder Judiciário para a garantia de direitos fundamentais, levam as famílias em situações precárias de existência a não cumprirem com o poder familiar de forma adequada para proteger seus filhos ou até a chegarem níveis de descuido tão intenso e cronificado que há o rompimento dos vínculos familiares. A esse respeito, posiciona-se Favero (2007), que também afirmou que, na contemporaneidade, a entrega ou abandono da criança e do adolescente é concentrado nos segmentos pobres da população. Segundo ela, as evidências estão relacionadas à questão social, que é histórica, ou seja, vincula-se o abandono à condição da classe social, mesmo que, no cotidiano das práticas jurídicas, não apareçam dessa maneira por meio da ocultação ou apresentando-se como questões particularizadas, fora do contexto que as engendrou e, portanto, despolitizadas.

É muito frequente, segundo Souza (2014), como uma falsa proteção, haver decisão jurisdicional ou administrativa de retirar a criança ou o adolescente de sua família de origem e acolhê-lo. Segundo ele, essa medida costuma ser desnecessária e desproporcional, pois não considera a retirada da criança/adolescente das famílias como uma das mais sérias restrições a um direito fundamental, além de violar princípios e liberdades fundamentais relativos aos procedimentos como o do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, além de reforçar o sofrimento de todos os envolvidos.

Souza (2014)¹ destaca que a realidade brasileira das crianças e adolescentes que são retiradas dos convívios de suas famílias como forma de proteção, advém de famílias em estado de miserabilidade social e econômica que devem obrigatoriamente ser auxiliadas pelos Poderes Públicos, seja por meio de medidas protetivas específicas ou de políticas públicas de proteção integral, entretanto, jamais impedidas da convivência familiar. Contudo, ele afirma que é interessante notar que, no Brasil, as famílias de classes mais favoráveis buscam o auxílio necessário para suas demandas familiares e sob hipótese alguma cogita o acolhimento institucional ou familiar. Dessa maneira, praticamente 100% das crianças que são acolhidas são filhos de pais pobres, ou seja, as modalidades de acolhimento são de uso exclusivo da pobreza no Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro e dispõe a universalidade da proteção integral a todas as crianças e adolescentes em seu artigo 1º. Portanto, não deve haver discriminação pelas condições de pobreza. O artigo 23 do referido Estatuto também dispõe:

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

Parágrafo único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio (BRASIL,1990).

O Estatuto define que condições de pobreza não são motivos para separar a criança ou o adolescente de sua família de origem e que cabe ao Estado criar e implementar políticas públicas para garantir o direito a convivência familiar e comunitária. A criança e o adolescente que não são criados em seu seio familiar têm o seu desenvolvimento comprometido, em diversos aspectos.

Mussen (1987) relatou que, em um estudo realizado com crianças órfãs que residiam na época em instituição de acolhimento, ainda denominado de orfanato, ao saírem da instituição e passado a serem cuidadas com pessoalidade, de acordo com a necessidade, estímulos adequados e com construção de apego, aumentaram acentuadamente a atividade

¹ Jadir Cirqueira de Souza, membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na área da infância e juventude, reconhecido pela atuação ativa em prol do direito da criança do adolescente a convivência familiar e comunitária e redução gradativa do número de crianças e adolescentes dos abrigos da comarca de Uberlândia – MG. No período do mês de julho do ano de 2012 a dezembro do referente ano o número de crianças e adolescentes acolhidos em instituições passou de 208 para 131, sendo que o desacolhimento foi feito mediante a entrega da criança ou do adolescente aos seus pais ou família extensa. Já no mês de abril de 2014 daquelas crianças e adolescentes, apenas 40 crianças/adolescentes estavam nas instituições de acolhimento da referida comarca. Essa prática por ter sido inovadora foi reconhecida no prêmio Innovare – 2103 e ganhadora do 1º lugar do II concurso de melhores práticas do Ministério Público de Minas Gerais, conforme decisão da Comissão Julgadora da Associação Mineira do Ministério Público.

mental e a inteligência. O teórico afirmou também que o fato da criança institucionalizada não construir apego a genitora pode ter efeitos adversos a longo prazo, como desajustamento de personalidade, dificuldades com autocontrole e senso básico de confiança nos outros, relações sociais mais superficiais, emocionalmente mais retraídas e insensíveis. Segundo Leão (1990), as crianças entregues desde o nascimento a instituições tutelares têm a probabilidade de se tornarem psicóticas.

É importante destacar que muitas crianças e adolescentes, após serem acolhidos, não são colocadas em família substituta e, ao alcançarem a maioridade, não são reintegrados em suas respectivas famílias e não possuem convívio comunitário com uma rede de apoio solidificada e fortalecida. Isso pode ser comprovado pela experiência de Kreuz (2012), que afirma que, diante dessa cruel realidade, para milhares de crianças e adolescentes, em especial, crianças com problemas de saúde mental e física, crianças e adolescentes maiores, há enormes dificuldades de colocação em família substituta. Esse fato é demonstrado pela vivência de muitos profissionais atuantes no sistema de garantias de direitos a crianças e adolescentes, que veem a necessidade imperiosa de atuar em prol da garantia do direito à convivência familiar e comunitária.

Tendo em vista que é dever de todos, ou seja, da família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos fundamentais da Criança e do Adolescente dentro do direito fundamental de convivência familiar e comunitária infantojuvenil e que em muitos casos esses direitos não são assegurados e levam ao Poder Judiciário a decidir pelo acolhimento da criança e do adolescente, faz-se necessária a apresentação da responsabilização civil da família, da sociedade e do Estado em virtude dos danos morais ocasionados pela separação da criança e do adolescente de sua família e de sua comunidade e a necessidade de reparação .

3.1 Responsabilidade Civil

De acordo com Cavalieri (2008), o ordenamento jurídico estabelece deveres de acordo com a natureza do direito a ser tutelado. Os deveres podem ser de ordem positiva, como fazer e dar, ou negativos, não fazer. Ocorre que, dado o princípio superior do Direito de que ninguém pode causar dano a outrem, a violação de um dever jurídico configura no ilícito que pode acarretar um dano a outrem e gerar um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

Logo, o referido autor diz que a responsabilidade civil designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. A responsabilidade civil é de trato sucessivo, pois é um dever em decorrência da violação do dever originário. Essa obrigação pode ser voluntária/contratual, se decorrer da realização de negócio jurídico não cumprido, com base no princípio da autonomia das partes; pode ser também denominada como obrigação legal ou extracontratual, imposta pela lei.

O artigo 927 do Código Civil diz que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, o dever de reparar decorre do ato ilícito e pode, de acordo com Cavalieri (2008), ser da mesma natureza do dever jurídico originário, acrescido de outros elementos ou de natureza adversa, como quando ocorre a reparação por meio de indenização, quando a responsabilidade substitui a prestação originária.

Tem-se duas teorias acerca da responsabilidade civil: a teoria objetiva e a teoria subjetiva, que serão tratadas nas próximas subseções.

3.2 Teoria subjetiva da responsabilidade civil

A teoria subjetiva da responsabilidade civil é baseada na culpa, elemento integrante do ato ilícito. De acordo com Gonçalves (2014), a responsabilidade civil decorre de conduta voluntária que viola um dever jurídico.

O artigo 186 do Código Civil assim diz sobre o ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Percebe-se que o ato ilícito é conduta voluntária que pode ser de ação ou de omissão. Conforme Cavalieri (2008),

[...] a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo por isso, agir para impedi-lo (CAVALIERI,2008, p. 24).

A responsabilidade subjetiva é assim denominada, porque exige o elemento culpa, que, em sentido amplo, abrange os comportamentos contrários ao Direito, seja no caso de dolo em que o agente tem a intenção de realizar a ação e de causar o dano a outrem ou de culpa em que o agente quer praticar a ação, mas atinge os resultados involuntariamente, mesmo sendo

eles previsíveis, tendo em vista um homem médio porque faltou-lhe a devida cautela/cuidado, conforme diz Cavalieri (2008).

De acordo com o mesmo autor, a falta de cautela é exteriorizada pelos comportamentos relacionados a imprudência – falta de cuidado no agir, por isso, ação positiva; negligência – falta de cuidado por conduta omissiva, ou seja, o não agir; imperícia – falta de habilidade no exercício da atividade.

Há possibilidades de exclusão da ilicitude dos atos em ocasiões que o ato for praticado em legítima defesa, no exercício regular do direito ou em estado de necessidade, conforme prega o artigo 188 do Código Civil.

De acordo com Gonçalves (2014), a legítima defesa e o estado de necessidade devem ser pautados somente quando as circunstâncias se tornarem necessárias e não devem exceder o limite indispensável a resolução da demanda.

Sobre o exercício regular de direito, de acordo com Cavalieri (2008, p. 18) “[...] nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso” para explicar que, se o indivíduo está no exercício regular de direito, ele age licitamente, porque o lícito exclui o ilícito; o indivíduo, nesse sentido, mesmo tendo um comportamento nocivo a outrem, agiu de conformidade com a lei. É preciso, entretanto, atentar para o artigo 187 do Código Civil, cujo teor nos afirma que “[...] também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesse sentido, Cavalieri (2008) afirma que o indivíduo, no exercício regular do seu direito, não pode abusar dele, porque se assim o fizesse, estaria no exercício anormal do seu direito, o que não lhe é permitido. A lei coloca limites ao exercício do direito: o fim econômico, que se dá pelo benefício que o exercício do direito dará ao seu titular; o fim social, que diz respeito à proteção jurídica tendo o titular do direito a não arbitrariedade; o fim a boa-fé objetiva como conduta adequada que as pessoas têm que empregar nas relações sociais e os bons costumes que dizem respeito ao conjunto de regras de convivência, ética e hábitos aprovados pela sociedade. Todos esses fins devem ser respeitados no exercício regular de direito.

3.3 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva se diferencia da subjetiva, em virtude do elemento culpa que não há naquele, mas mantém os elementos: conduta ilícita, nexo causal e dano.

De acordo com Cavalieri (2008), a responsabilidade civil objetiva é caracterizada independentemente da existência de culpa do agente, ensejando de toda maneira o dever de indenizar caso haja relação de causalidade entre ato do agente e o dano gerado a outrem, assim a responsabilidade surge exclusivamente do fato.

Historicamente, a responsabilidade civil objetiva foi fundamentada na teoria do risco. Segundo Stoco (2011), a partir do século XX, com o início da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na França, a teoria subjetiva da culpa tornou-se insuficiente para resolver todas as demandas e houve a necessidade de maior proteção à vítima, o que fez nascer a culpa presumida. Há hipóteses em que se admite a responsabilidade civil até na prática de atos lícitos, basta que a atividade praticada seja de risco, como se pode verificar no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que diz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Assim, observa-se que o risco é vinculado ao serviço executado. Cavalieri (2008, p. 164) diz “[...] a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos. [...] ‘atividade’ para designar serviços”.

O Estado é prestador de serviços públicos. Como bem descreveu Justen Filho (2010), o conceito de serviço público surgiu na França, para designar todas as atividades estatais. No Brasil, adota-se o conceito mais restrito, ou seja, é a atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculada a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Os conceitos clássicos do Direito Administrativo afirmam que o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares, conforme prescreve o artigo 175 da Constituição Federal.

O Estado, por meio de lei, determina quais são as atividades que, em determinado momento, são consideradas como serviço público. O Estado, de acordo com Di Pietro (2013),

assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a sociedade, parece ser conveniente não depender da iniciativa privada. Embora a gestão do serviço público seja incumbida ao Estado, ele pode executá-lo diretamente, por meio de seus próprios órgãos que compõem a Administração Pública Direta, ou indiretamente por meio de concessão ou permissão ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado para essa finalidade.

Conforme declarou Stoco (2012), no passado, o Estado não podia ser responsabilizado, apenas seus servidores. Contudo, a organização política e social fez evoluir a legislação, em virtude da instituição do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal (1988) criou os princípios assecuratórios e garantidores e impôs parâmetros de conduta não apenas ao cidadão, mas, principalmente, ao Estado. Dessa maneira, Stoco afirma que o poder público se submete à lei e sendo ele constituído de personalidade, tem direitos e obrigações e com isso, não existem motivos para justificar a sua irresponsabilidade. Sua responsabilidade civil é objetiva, como foi proclamada pela Constituição Federal em seu artigo 37, §6º, que sujeita todas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas públicas, sociedade de economia mista e sociedades privadas concessionárias) ao dever de reparar o dano causado pela execução ou pela não execução de serviço público a bens jurídicos de terceiros.

Ainda, Cavalieri (2008) pondera que a responsabilidade do Estado é objetiva, porque independe de qualquer falta ou culpa do serviço. Com base nos princípios de equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, se os serviços prestados ou a inexecução deles é em favor da coletividade é justo também que todos respondam seus ônus a serem custeados pelos impostos.

3.4 Danos

De acordo com Gonçalves (2014), no convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo a ser tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem a bens materiais e outros à própria personalidade do indivíduo, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, resguardá-los, assim como preservar em segurança a sua personalidade. Por isso, o dano sofrido pela vítima pode ser de cunho patrimonial ou moral, basicamente.

Cavalieri (2008) afirma que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. O dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária,

conforme o artigo 402 do Código Civil é o que a vítima perdeu – dano emergente – e o que ela deixou de ganhar, ou seja, perda do ganho esperado – lucro cessante. Já o dano moral não tem caráter patrimonial, mas está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, ou seja, o dano moral ocorre quando o indivíduo tem o seu direito à dignidade constitucionalmente protegida, lesionada. Pode, conseqüentemente, ter sofrimento psíquico ou não.

Como ser humano, independentemente de condição social, o indivíduo tem como bem mais precioso a sua dignidade, que está relacionada aos direitos de personalidade inerentes a condição humana, que devem ser protegidos e, caso não sejam, devem ser reparados. Contudo, o dano moral não pode significar de acordo com Gonçalves (2014) como um mero aborrecimento ou sensibilidade, o que pode ser corriqueiro atualmente, deve ser usado o bom-senso e a justa medida para ponderar a realidade atual.

Por se tratar de dano imaterial, a prova do dano moral segundo Cavalieri (2008) deve ser a própria ofensa, ou seja, provado o fato, provado está o dano moral.

3.5 Análise da responsabilidade civil e seus efeitos em decorrência da reparação ao dano moral

Sabe-se que a adoção é irrevogável e é atribuída a condição de filho ao adotado com os mesmos deveres, direitos, inclusive os sucessórios, conforme descrevem os artigos 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e § 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Há julgados referentes a pais adotivos que abandonaram seus filhos, que consistem em ação civil pública de indenização por dano moral em virtude de desistência da adoção, conforme é demonstrado a seguir:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA REALIZADO NA CONTESTAÇÃO - AUSENTE PROVA DO DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU SOMADO À CONDENAÇÃO NA SENTENÇA AOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA - APELAÇÃO QUE SE REPORTA AO TEMA - PRELIMINAR REJEITADA - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PRETENSOS PAIS ADOTIVOS - ABUSO DE DIREITO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - DANO MORAL CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. Apelação Cível 1.0194.12.007673-3/001, Comarca: Coronel Fabriciano – RELATOR: Des.(a) Luís Carlos Gambogi – DJ: 10/09/2015.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR -

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. Apelação Cível: 1.0702.09.568648-2/002, Comarca: Uberlândia – RELATOR: Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto – DJ: 10/11/2011.

Os julgados recém-citados decorrem do descumprimento do dever dos pais em garantir o direito dos filhos à convivência familiar. Não há, em termos legais, diferença entre pais adotivos e biológicos. Há, portanto, a necessidade real de responsabilizar a família biológica, na figura dos genitores, aos quais é atribuído o poder familiar, pela não garantia do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, quando, por decisão judicial, o menor for afastado dessa convivência que tem a falsa ideia de proteção. Isso já tem sido judicialmente decidido com relação aos pais adotivos que desistem da adoção, que é irrevogável.

A responsabilidade civil da família, da sociedade e do Estado é clara em toda a legislação pertinente à proteção integral à criança e ao adolescente. Retirar o menor do convívio familiar ou da sua comunidade é uma forma de revitimizá-lo.

Qualificando a responsabilidade civil dos pais, da sociedade e do Estado frente ao dever em discussão não cumprido, conclui-se que a responsabilidade dos genitores é extracontratual porque advém do direito positivado. A responsabilidade da sociedade, nesse sentido, é extrajudicial e a do Estado também, porque a obrigação é em conformidade com a lei. O §6º do artigo 37 da Constituição Federal só se aplica à responsabilidade extracontratual do Estado, porque segundo Cavalieri (2008), nos casos de responsabilidade contratual, aquele que contrata com o Estado não é terceiro, porque já mantém o vínculo com a Administração Pública e, havendo, inadimplemento estatal, a responsabilidade é avaliada e julgada de acordo com as regras que regem o contrato.

O desrespeito ao direito infantojuvenil de convivência familiar e comunitária é realizado por atos ilícitos voluntários, por se tratar a proteção do direito de cuidado e zelo do homem médio e não se trata de exercício regular de direito, legítima defesa nem estado de necessidade que excluem a ilicitude dos atos. Na verdade, há de se falar, em muitos casos, de abuso de direito em situações em que os filhos, com a falsa ideia de terem que ser educados ou pelos pais ainda não reconhecerem como sujeitos (de direitos), acreditam ter o direito de

agredí-los. A referida responsabilidade civil trata-se de ordem pública, pois está intimamente relacionada aos valores da sociedade e do Estado. Podem agir a família, a sociedade e o Estado por dolo e/ou culpa, imprudência ou negligência, tendo que cada caso ser avaliado de acordo com os fatos.

A responsabilidade da família, da sociedade e do Estado é de coparticipação, porque eles, em conjunto, têm a suas atribuições para zelar pelo direito da criança e do adolescente. O artigo 942 do Código Civil assim descreve: “Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” Nesse sentido, entende-se que cada um dos agentes é responsável pela devida proteção e concorre para o evento causador do dano, devendo cada um repará-lo.

A legislação fala que a responsabilidade é de todos e não de um ou outro. Com isso, o dano moral sofrido pela criança e pelo adolescente, em virtude da não garantia de proteção ao direito de convivência familiar e comunitária, deve ser reparado de forma pecuniária, cabendo ao juiz o prudente arbítrio Cavalieri (2008) citou, que, nos danos morais e seu arbitramento, deve ser levada em consideração a repercussão do dano, ou seja, a reprovabilidade dele, a possibilidade econômica do ofensor e estimar uma quantia a título de reparação pelo dano, tendo em vista a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima e as condições sociais da mesma.

A reparação do dano moral tem, de acordo com Cavalieri (2008), caráter punitivo que atinge dois objetivos: a prevenção e a punição no sentido de redistribuição. Busca-se, com a indenização, a punição do ofensor em virtude de seu comportamento reprovável e em alguns casos reiterados da conduta ilícita. Responsabilizar civilmente a família, a sociedade e o Estado é buscar pela efetivação da justiça e reparação daquele que teve seu direito violado e é indefeso para cuidar de si e ter autonomia para fazer valer seus próprios direitos. Entretanto, mais do que isso, é uma forma de repensar o lugar e o papel que cada um ocupa como corresponsável pela garantia dos direitos da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária.

A atual legislação obedece aos paradigmas de proteção infantojuvenil, contudo as políticas públicas devem ser, de fato, garantidoras de direitos não apenas em benefício da criança e do adolescente, mas na promoção de toda a família, na qual todos são sujeitos de direitos. Não se pode descontextualizar a construção histórico-social e ocultar a violência social que sofrem as famílias em situações de risco, que vivem em situação de miséria e que são as que vivem e sofrem com a retirada dos filhos do lar como forma de proteção, como explicou Favero (2007). É também colocar a família como agente ativo de mudança de sua

própria realidade desfavorável que seja de maneira forçosa em virtude da pecúnia, fazer com que ela adira aos programas governamentais de apoio e promoção familiar.

Outros efeitos possíveis são, com base na lei 9.263/1996, a realização consciente do planejamento familiar com base nas reais condições e desejo da família de ter ou aumentar a prole, tendo assim controle indireto da natalidade e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida às famílias; acesso real ao serviço de regulação da fecundidade, com o oferecimento de ato cirúrgico a homens e mulheres que assim desejarem e avaliarem que não vão cumprir com os deveres pertinentes ao poder familiar não tenham filhos ou não tenham em grande quantidade e por fim, repensar na possibilidade da legalização do aborto à mulheres, em última instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito no qual se fundamenta na democracia participativa, na garantia dos direitos fundamentais direcionados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e valorização do princípio da igualdade material, é o instituído no Brasil a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como consequência da redemocratização do Estado após várias lutas. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente foram garantidos a partir de então, pois eles são sujeitos de direitos e carecem da tutela do Estado.

Todavia, não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade, de maneira solidária, são responsáveis por garantir todos os direitos de maneira prioritária e integral à criança e ao adolescente. Ocorre que há um distanciamento entre a legislação e as práticas governamentais, familiares e sociais, fazendo com que o Poder Judiciário decida pelo afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar como forma de protegê-los quando que na realidade eles estão sendo revitimizados.

Dessa maneira, faz-se necessária a responsabilização civil da família, do Estado e da sociedade, para que as crianças e adolescentes sejam reparados por meio de indenização em virtude do dano moral sofrido em decorrência da retirada deles de seu meio familiar e comunitário, fazendo-se justiça e punindo os agentes que concorreram com a execução dos atos ilícitos.

A responsabilização civil e a devida reparação vão além da reparação em pecúnia, pois pode impedir novas ações que levam à inclusão forçada ou ao abandono sistemático de crianças e adolescentes aos programas de acolhimento, na maioria pobre, por meio do acesso da população que vive em situação de risco social às políticas públicas sociais efetivas que promovam não somente as crianças e os adolescentes, mas as famílias, garantindo-lhes direitos fundamentais e, por fim, sejam defendidos perante toda a sociedade brasileira os direitos infantojuvenis.

REFERÊNCIAS

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14.724, de 17.03.2011**. Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Válida a partir de 17.04.2011. Rio de Janeiro, 2011.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Tradução de José Antonio Seoane. **Persona y Derecho**, n. 43, Pamplona, 2000, p. 238, n. 40:

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco e política**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Col. Os pensadores, v. 2)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto, 1909-A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, L. **Saber Cuidar**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BRASIL, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto Nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro, 1927.

_____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília: 1979.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>

_____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: 1990

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** Lei nº.8069, 13 de jul. de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

_____. **Lei 8080** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____. Ministério da Educação, **Lei De Diretrizes e Bases da Educação**. Brasília: 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____ **Lei 9.263/1996** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>

_____ **Código Civil** Lei nº 10.406, de 10 de jan.2002. Brasília: Presidência da República, 2002.

_____ Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome. Política de Assistência social. **Sistema Único de Assistência Social**. Lei 12.435/2011). Brasília: 2004

_____ Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome. Política de Assistência social. Brasília: 2004

_____ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília: 2004.

_____ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível no site: www.mds.gov.br.

_____ Lei 12.010 de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

_____ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. Centro de Referência da Assistência Social – CREAS. Guia de Orientação nº 1. Brasília: s/d., p. 3)

_____ Supremo Tribunal Federal. **RE n. 583291/SP**, Relator Ayres Britto, Brasília, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

.DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Bárbara Ferreira Costa. Uma análise da democracia sob a égide da soberania popular: os contornos do conceito de povo dentro da perspectiva constitucional democrática. *In*: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013.

FAVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. TOMO II. São Paulo: Saraiva, 1957.

GOMES, Eduardo Zauli. O caráter representativo do mandato parlamentar e a democracia participativa. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, Novas Famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Revista Pensando Famílias**, 3, 2001; (8-19), 2001.

HOEBEL, E. Adamson; EVERETT L. Frost. **Antropologia Cultural e Social**, Ex 1. Tradução Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 1999,

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LAING, R. D. **A política da família**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

Leão, S.C. **Infância, Latência e adolescência**. Rio de Janeiro: Imago; 1990.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** 16 ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARICONDI, Angela M. **Família e Rede Social**. Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATURANA, H. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Civil. **Autos nº 1.0194.12.007673-3/001** Relator Luís Carlos GAmboji, Belo Horizonte, 2015.

_____ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Civil. Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. **Autos nº 1.0702.09.568648-2/002** – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011

MUSSEN. Paul H. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 11.ed. Trad. Prof. Antônio P.R. Agati. Instituto de Psicologia da USP. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987

NICOMEDES, Carlos. ECA 25 ANOS. **Revista Bem Cuidar**, Aldeias Infantis SOS Brasil, Edição 01, Número 01, p.44, setembro, outubro, novembro, 2015.

NUNES, Maria do Rosário. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8069/1990 – Completou 25 anos neste julho de 2015. Legislação que pode ser considerada amais amada e atacada do Brasil, o ECA segue sendo, paradoxalmente, um marco pouco conhecido. Autora:

Maria do Rosario Nunes. **Revista Bem Cuidar**. Ano 1, n° 1, setembro, outubro, novembro 2015

PAPALIA, Diane; OLDS, Sally. **Desenvolvimento Humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. (Tese de Doutorado). Florianópolis, 13 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese___direitos_fundamentais_ao_enumerados___justificacao_e_aplicacao.pdf>. Acesso em: 15mai2016.

RIZZARDO, Arnaldo, – **Direito de Família**: Lei n° 10.406, de 10.01.2002. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006. .

SANICOLA L. **Intervenção na rede social**. São Paulo: Myriam Veras, 2008.

SÊDA, Edson. **A criança e o perfeito estadista**: guia do Estatuto da Criança e do Adolescente para prefeitos municipais e sua equipe. Rio de Janeiro: Adês, 2002.

SKAF, Samira. Responsabilidade Civil decorrentes de Abandono afetivo paterno filial, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf . Acesso em fevereiro de 2016.

SOUZA, Jadir Cirqueira. **A convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional**. São Paulo: Pillares, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Pillares, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.5: Direito de Família. 10 ed. Ver., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VAITSMAN, J. **Flexíveis e plurais**: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VALENTE, Jane. **Família acolhedora**: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento. São Paulo: Paulus, 2013.

WINNICOTT D. W. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.