

Josiane Rose Petry Veronese
Rosane Leal da Silva
(Orgs.)

A Criança seus e Direitos

entre violações e desafios



O leitor encontrará nesta obra a discussão de temas atuais, profundos e reveladores da crise civilizatória que se instala e que, de maneira mais brutal, atinge a infância. Como anunciado pela Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, no texto que abre a obra, o tempo de ser criança ainda não foi corretamente compreendido no país, que segue marcado pela grande distância entre as promessas normativas de proteção integral - tão bem expostos na digressão histórica feita pela pesquisadora – e os flagrantes diários de sua violação, que insistem em se perpetuar. A condição existencial da criança e adolescente, seu tempo e as dimensões do seu desenvolvimento ainda não foram bem compreendidas pelos atores encarregados de promover a proteção integral no Brasil e infelizmente se manifestam na violência, no descaso social, nas insuficiências das políticas públicas e na iminência de retrocessos normativos, lamentavelmente já anunciados.



A Criança e seus Direitos

Entre violações e desafios

A Criança e seus Direitos

Entre violações e desafios

Organizadoras:

Josiane Rose Petry Veronese

Rosane Leal da Silva



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.)

A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese; Rosane Leal da Silva (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

457 p.

ISBN - 978-85-5696-548-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Humanos; 2. Criança; 3. Violação; 4. Ensaio; 5. Interpretação; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação 9
Rosane Leal da Silva

1 13
O direito e o tempo na perspectiva da construção do ser criança
Josiane Rose Petry Veronese

2 37
Ana Luz, a menina dos dedinhos mágicos: encontro entre a ficção e o Direito para pensar a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes na internet
Rosane Leal da Silva

3 65
A luta por direitos infantoadolescentes no Brasil: doutrina da proteção integral e o direito fundamental à assistência social
Danielle Maria Espezim dos Santos

4 89
A proteção dos direitos fundamentais dos adolescentes atletas no futebol: a busca pela harmonização do direito à convivência familiar com o direito à profissionalização
Eduardo da Silva Fagundes

5 135
Do visitar ao “COM VIVER”: um novo olhar ao tempo dos filhos com cada um de seus genitores após as dissoluções afetivas
Conrado Paulino da Rosa

6 151
A prática de *revenge porn* entre adolescentes e as respostas jurídicas: da promessa de proteção integral às insuficiências das decisões judiciais
Fabiana Munhoz Souza; Rosane Leal da Silva

7 187
Crianças refugiadas: os avanços e desafios para a proteção integral
Deborah Esther Grajzer; Josiane Rose P. Veronese; Luciane Maria Schindwein

8	213
Responsabilidade civil dos adotantes e a (in)aplicabilidade do dano moral em caso de desistência: entendimento dos Tribunais de Justiça da Região Sul	
Tarciane Isabel Conrad	
9	257
A inclusão escolar e social de crianças com deficiência física	
Carlos Alberto Crispim; Josiane Rose Petry Veronese	
10	285
O caso do adolescente tatuado na testa: insuficiências da proteção integral em face aos discursos de ódio publicados no Facebook	
Bianca Parnov Machado; Rosane Leal da Silva	
11	319
Eu tenho direito a uma família? O direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção	
Nicole Martignago Saleh	
12	343
A erotização da infância e as insuficiências da proteção integral em face da publicidade online	
Bárbara Eleonora Taschetto Bolzan; Rosane Leal da Silva	
13	369
O direito à saúde x obesidade infantil brasileira: uma análise da ciberpublicidade	
Patrícia dos Reis; Daniela Richter	
14	395
O instituto do apadrinhamento afetivo e seu impacto no regime atual de adoção brasileiro	
Maria Lucia Galvane Baschiroto	
15	429
A proteção integral da criança e do adolescente e a mediação familiar	
Alliny Burich da Silva	

Apresentação

*Rosane Leal da Silva*¹

É com grande alegria que entregamos aos leitores esta obra, que enlaça os esforços de pesquisadores capitaneados pela Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese (UFSC), mestre de todos nós, e meus orientandos na Universidade Franciscana (UFN). A ideia inicial nasceu despreziosa e consistia em dar publicidade a artigos produzidos e pesquisas em fase de conclusão, trabalho que envolveria basicamente nossos orientandos e/ou integrantes dos grupos de pesquisa que coordenamos.

Tão logo os pesquisadores foram mobilizados já foi possível perceber a riqueza de materiais que tínhamos em mãos, cuja qualidade do conteúdo e atualidade dos temas justificavam sua publicação. Dessa forma, entre uma adesão e outra a ideia tímida que nasceu no inverno de 2018 se transformou numa obra densa, com pauta temática variada e consistência acadêmica.

A obra, marcada pela sua diversidade temática, é permeada pela defesa dos princípios sobre os quais se assenta o Direito da Criança e Adolescente, com destaque especial para a proteção integral e o melhor interesse da criança. Seguindo esses fios condutores são tratadas questões atuais e que dizem respeito ao direito de convivência familiar, destacando-se tanto suas dificuldades de efetivação, o que muitas vezes decorre da ruptura da vida conjugal, quanto a necessidade de mediação familiar. Quando a convivência com a família natural se torna impossível, a adoção se apresenta como uma das alternativas para dar um lar à criança/adolescente. No entanto, ainda que a legislação sobre a adoção tenha sido alterada em

¹ (UFSC e UFN)

2017 para dar maior celeridade e segurança aos procedimentos, com redução de danos aos adotandos, em algumas circunstâncias de desistência imotivada gera traumas acentuados, o que permitiria a aplicação de responsabilidade civil aos desistentes, conforme será abordado num dos capítulos.

A formação integral de crianças e adolescentes também passa pela convivência comunitária, uma importante dimensão capaz de promover o sentimento de pertencimento. A efetivação do direito à convivência social e comunitária será abordada por distintos matizes que vão desde a discussão sobre o apadrinhamento, passando pela difícil e tão atual situação que envolve as crianças e adolescentes refugiados até chegar naqueles que, vendo no esporte uma oportunidade de profissionalização, sacrificam o direito à convivência familiar e comunitária pelo sonho de ascensão social no país do futebol.

Partindo do reconhecimento do caráter universal desse ramo do direito e cômicos de que seus princípios devem ser aplicados indistintamente a todos os infantes e adolescentes, a obra tanto destaca o papel da assistência social, quanto defende a necessidade de mobilizar esforços para promover a inclusão escolar de deficientes físicos, medida essencial para alcançar uma sociedade justa, solidária e sem discriminação.

Em sintonia com o tempo presente, que é fortemente marcado pelo uso de tecnologias da informação e comunicação, a obra dedica vários capítulos para discutir a vulnerabilidade de direitos dos internautas, o que se inaugura com a proposição de diálogo entre ficção e Direito, a partir do qual são enfrentadas as questões referentes à tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes.

Atentos ao crescimento da economia do imaterial e à reconfiguração das estratégias mercadológicas, dois capítulos lançam olhar crítico sobre as novas formas de publicidade online, quer seja a que incentiva o consumo de produtos que são prejudiciais à saúde, quer promova a erotização precoce e indevida.

Esta objetificação da infância e suas consequências graves também se mostra presente no artigo que enfrenta uma nova forma de violência sexual online denominada *reveng porn* ou pornografia de vingança, cujas vítimas usualmente são do sexo feminino. Este bloco temático também expõe e discute os requintes de maldade e os flagrantes de intolerância revelados nos discursos de ódio publicados no *Facebook* no caso do adolescente tatuado na testa. Muito mais do que temas permeados pelo impacto do uso de TIC, são temas reveladores do quanto a sociedade brasileira precisa avançar para verdadeiramente promover a proteção integral.

O leitor encontrará nesta obra a discussão de temas atuais, profundos e reveladores da crise civilizatória que se instala e que, de maneira mais brutal, atinge a infância. Como anunciado pela Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, no texto que abre a obra, o tempo de ser criança ainda não foi corretamente compreendido no país, que segue marcado pela grande distância entre as promessas normativas de proteção integral - tão bem expostos na digressão histórica feita pela pesquisadora - e os flagrantes diários de sua violação, que insistem em se perpetuar.

A condição existencial da criança e adolescente, seu tempo e as dimensões do seu desenvolvimento ainda não foram bem compreendidas pelos atores encarregados de promover a proteção integral no Brasil e infelizmente se manifestam na violência, no descaso social, nas insuficiências das políticas públicas e na iminência de retrocessos normativos, lamentavelmente já anunciados.

Esse quadro preocupante que se vivencia no tempo presente e se anuncia para o futuro próximo exigirá a ampliação e o aprofundamento dos esforços na defesa - sempre vigilante e intransigente - do Direito das crianças e adolescentes. Esse é o propósito dessa obra, imaginada num frio e cinzento dia de inverno santa-mariense e concluída sob um calor escaldante do dia 02 de janeiro de 2019.

O direito e o tempo na perspectiva da construção do ser criança

Josiane Rose Petry Veronese¹

O tempo do tempo

*É tempo...
de destruir barreiras
destroços de sentimentos
comportamentos
que foram escritos em nossos corpos.
Há tempo
de mergulhar nas profundezas do que não passa,
de se deleitar nas águas de um saber
que se faz concreto.
Torna-se tempo
de ir além
elevar-se.
Compor novas músicas
novos sons.
O ser que carrego hoje
pode ainda ter as marcas de contradições passadas
mas é possível somar a tudo isto
o espaço do amor,
que não apenas resgata o nosso verdadeiro eu
mas inspira o novo e,
o que é mais importante,
garante que esta execução seja possível.
(Josiane Rose Petry Veronese. Olhos verdes, p. 102)*

¹ Professora Titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente, da Universidade Federal de Santa Catarina, na graduação e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Mestre e Doutora em Direito. Pós-doutorado na Faculdade de Serviço Social da PUC/RS. Coordenadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade/CCJ/UFSC.

1. Introdução

Impossível negar o tempo e as urgentes demandas neste tempo e não em outro. Não é possível que não tomemos consciência/ação coletiva com vistas à eliminação de toda barbárie, toda violência que nos desconstitui. Nossa humanidade se esgota frente a tanta violência. Parece que a convivência humana desconsidera que, no seu processo de necessária civilização, torna imprescindível que busquemos os instrumentos da não-violência.

Não se trata tão somente, ainda que bem vinda, da mediação, da justiça restaurativa, da conciliação... modelos alternativos de resolução de conflitos, mas faz-se necessário que nos lancemos numa cultura de paz, não se trata de obstar o ódio e o contra-ódio, pois a paz é a que precisa clarificar todas as relações humanas, de modo que não basta um discurso de contra-ódio, mas um efetivo compromisso com a paz.

2. O direito e o tempo embalando nossas crianças

O tempo nem sempre foi favorável às nossas crianças, vez que por séculos, civilizações inteiras não tinham um compromisso, um olhar, atitudes respeitadas com as crianças. Infelizmente, por anos a fio, gerações pós gerações foram violadas, negadas em suas existências, tratadas como coisas, ou, ainda pior, como coisa alguma.

Por isso vamos situar para fins do presente estudo, nos tempos do século XX, os quais foram indispensáveis para a afirmação dos Direitos da Criança e do Adolescente, na seara internacional situemos:

A Doutrina da Proteção Integral foi trazida para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada pela Resolução nº. 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Na visão de Pereira

(1996, p. 26) a Convenção sobre os Direitos da Criança, ao acolher a Doutrina da Proteção Integral, afirma que os direitos de todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas para elas dirigidas devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.

Nesse sentido destaca Costa (1992, p. 19):

[...] esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá através de políticas específicas para a promoção e defesa de seus direitos.

Recorda-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança nasce em um contexto em que se reconhece a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, a qual foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade,

Também é necessário que indiquemos as enormes conquistas no campo do Direito do Trabalho, o que implica, para a criança, ao direito ao não-trabalho. Decore daí a importância de toda a normatividade oriunda da OIT – Organização Internacional

do Trabalho. A OIT é o organismo responsável pelo controle e emissão de normas internacionais referentes ao trabalho, determinando as garantias mínimas de proteção. Sua composição envolve representantes dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos, que propõem a edição de convenções e recomendações.

Existem duas convenções internacionais que se referem à questão do trabalho infantil que estão em vigor e foram ratificadas pelo Brasil: a Convenção nº 138, que integra, num único instrumento, limites gerais de idade mínima para o trabalho, e a Convenção nº 182, voltada à eliminação imediata das piores formas de trabalho infantil.

A Convenção nº 138 integra o rol das sete convenções da OIT sobre direitos fundamentais, sendo constituída por duas ordens de normas: as normas gerais, consideradas de aplicabilidade necessária, determinando compromissos aos países que ratificarem a convenção, e as normas flexíveis, incorporadas para estimular os demais países a assumirem compromissos em determinado prazo com a erradicação do trabalho infantil.

Prescreve, em seu artigo 1º, a todo país-membro, o compromisso em assegurar uma política nacional de erradicação do trabalho infantil e em elevar, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.

Esse é o núcleo fundamental da Convenção nº 138, a partir do qual todo o mais decorre. É ele que fixa os parâmetros de balizamento na definição da idade mínima de admissão a emprego ou trabalho, assentando-se em três pontos fundamentais: 1) política nacional de abolição do trabalho infantil; 2) elevação (e fixação) progressiva da idade mínima; 3) garantia ao pleno desenvolvimento físico e mental.

A Convenção nº 138, mediante a ratificação, traz a exigência de que os países devem especificar, em declaração anexa, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho, envolvendo

inclusive os meios de transporte registrados no território, de acordo com o art. 2º, item 1, tarefa realizada por meio de declaração de previsão da idade mínima básica para o trabalho. Além disso, a idade mínima deve ser fixada num limite superior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos, conforme o art. 2º, item 3.

Com referência à realidade brasileira, de acordo com a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, toda a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, CF/1988). À época, a idade mínima declarada pelo governo brasileiro no instrumento de ratificação da Convenção nº 138 foi dezesseis anos, demonstrando perfeita consonância com o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988.

Faz-se imperioso destacar que proposta de proibição dos trabalhos antes da conclusão da escolaridade obrigatória não foi recebida com grande atenção no Brasil, pois praticamente toda a doutrina nesta matéria fixa sua posição em relação aos limites constitucionais, bem como ao limite formal de conclusão de escolaridade obrigatória. Isso afasta a possibilidade de proibição do exercício de trabalho para aquelas pessoas que superaram os limites de idade mínima, mas não concluíram a escolaridade obrigatória. A própria Convenção nº 138 traz disposição referente a essa matéria no art. 7º, § 2º, reconhecendo como uma exceção.

A Convenção nº 138, de igual modo, faz referência ao limite de idade mínima superior, determinando que não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias de execução, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem, conforme está disposto no art. 3º, item 1. Este dispositivo está em harmonia com as previsões presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente. A concepção de “piores formas de trabalho infantil” não importa, de modo algum, no reconhecimento

de que seja possível a existência de outras formas toleráveis de trabalho infantil, mas, o que pretende dar relevo é a definição de um conjunto prioritário de ações para erradicação imediata do trabalho infantil.

É imperioso colocar em cena que todas as formas de trabalho infantil são igualmente prejudiciais ao desenvolvimento das crianças, mas evidentemente existem determinadas condições em que os prejuízos decorrentes do trabalho podem ser irreversíveis se não forem a tempo equacionados. A atenção às piores formas de trabalho infantil também não implica desconsiderar a necessidade urgente e imediata de erradicação de todas as formas de trabalho infantil, por isso a Convenção nº 182 tem caráter complementar em relação à Convenção nº 138.

O art. 3º, da Convenção nº 182, considera, como piores formas de trabalho infantil:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida ou servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) os trabalhos subterrâneos, debaixo d'água, em alturas perigosas ou em espaços confinados;
- c) os trabalhos com máquinas, equipamentos e instrumentos perigosos ou que envolvam manejo ou transporte manual de cargas pesadas;
- d) os trabalhos em ambiente insalubre que possam, por exemplo, expor as crianças a substâncias, agentes ou processamentos perigosos, ou a temperaturas ou a níveis de barulho ou vibrações prejudiciais a sua saúde;
- e) os trabalhos em condições particularmente difíceis, como trabalho por longas horas ou noturno, ou trabalho em que a criança é injustificadamente confinada às dependências do empregador.

Torna-se oportuno esclarecer que, antes da edição o Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008², podia-se constatar que o trabalho infantil doméstico não estava claramente descrito em qualquer das hipóteses para ser considerado como uma das piores formas de trabalho infantil. A condição mais próxima do trabalho infantil doméstico descrita reduzia-se apenas à ambígua descrição dos trabalhos em que a criança é “injustificadamente” confinada às dependências do empregador, deixando, ainda, demasiada abertura ao usar o termo “injustificado”, ou até mesmo abrindo possibilidades para a legitimação de uma condição de exploração.

Esse padrão interpretativo poderia ser usufruída para que os países pudessem estabelecer um rigoroso disciplinamento do trabalho infantil doméstico nos ordenamentos nacionais, na oportunidade de definição da lista das atividades consideradas como piores formas de trabalho infantil, sendo efetivamente o que se realizou no Brasil, diga-se de passagem, com atraso.

No Brasil, a definição da lista dos tipos de trabalho considerados como piores formas de trabalho infantil foi realizada por comissão tripartite instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 143, em 14 de março de 2000, e, lamentavelmente na época, o trabalho infantil doméstico não foi incluído na relação.

No entanto, a própria Convenção nº 182 estabelecia como piores formas de trabalho infantil atividades que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executadas, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança. Nesse contexto, resgatou-se o questionamento sobre se o trabalho infantil doméstico não poderia ser enquadrado nessa condição. Aqui, a resposta ventilada era correspondente à perspectiva de que a doutrina brasileira não reconhecia a proibição do trabalho infantil doméstico

² Regulamentou os artigos 3^a, alínea “d”, e 4^a da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e determinou outras providências.

em decorrência da falta de dispositivo legal expresso para amparar tal condição, restando o desafio para a construção teórica dessa nova possibilidade, que representaria um avanço no campo da proteção aos direitos da criança e do adolescente, com certeza muito mais integrada às diretrizes da Doutrina da Proteção Integral.

Em outras searas, de igual modo, é indiscutível os avanços, pensemos em termos da não discriminação racial³. Não menos importante, o cuidadoso movimento em favor das pessoas com deficiências, a qual demandou, também, um processo de intensa normatização⁴.

3. O tempo e o lugar chamado Brasil

Nosso país recepcionou, podemos afirmar, de forma bastante significativa, todos esses indicadores normativos internacionais. No Brasil, a Doutrina da Proteção Integral foi absolutamente recepcionada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, introduzindo tal Doutrina jurídica no âmbito da normativa nacional.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁵

³ Cf. LIMA, F. S.; VERONESE, J.R.P. **Mamãe África cheguei ao Brasil**: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial. Florianópolis: Editora da Ufsc/ FUNJAB, 2011.

⁴ MENDES, R.V.; VERONESE, J.R.P. A inclusão escolar da criança e do adolescente frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fraternidade In: OLIVEIRA, F. C.; OLIVEIRA, O. M.B. A.; VERONESE, J.R.P. **Direitos da criança e do adolescente e direitos da juventude**: o olhar da fraternidade. Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 147 a 170.

⁵ Texto de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010.

O preceito constitucional torna crianças e adolescentes titulares de direitos fundamentais a serem, obrigatoriamente, atendidos pela família, através de sua trilogia de responsabilidade compartilhada: família, sociedade e Estado. O Direito brasileiro reconhece, assim, um novo paradigma em relação à população infantoadolescente, passando a criança e o adolescente a serem sujeitos de direitos fundamentais.

E, na sequência, como norma regulamentadora dos direitos prescritos como prioridade absoluta constitucional, foi sancionada em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como fundamento ou “eixo duro”, a Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina da Proteção Integral reconhece os direitos das crianças e adolescentes, compreendendo-os como sujeitos de direitos, sujeitos humanos em processo de desenvolvimentos, construtores, portanto, de um protagonismo, que se opõe a ideia civilista da “capacidade/incapacidade”. Ao situá-los como sujeitos, redimensiona conceitos tradicionais, em uma necessária crítica ao adultocentrismo, que menorizava e coisificava a infância.

Em que pese um quadro de impecável normatividade, como concretizar todos os direitos anunciados?

Assistimos um quadro de profundas desigualdades que geram violências de toda espécie: assassinatos de crianças; abortos; trabalho infantil; falta de escola ou falta de acesso à escola; escassos programas de profissionalização; falta de hospitais; falta de atendimento especializado, falta de centros de socioeducação pautados segundo as definições do Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, falta de programas de assistência à família, entre tantas outras necessidades não atendidas.

Enfim, somente um real compromisso com a causa da infância conseguiria alterar essa realidade acima apontada; compromisso que exigirá toda uma atenção diferenciada e, portanto, a necessária institucionalização de políticas públicas.

4 O necessário encaminhamento político

Se forem focalizadas as múltiplas formas de violência que atingem crianças e adolescentes brasileiros, sobretudo, os que se originam das camadas populacionais mais pobres, o chamado quarto estrato social, é possível constatar que, regra geral, os programas de cunho assistencial – as chamadas políticas compensatórias – têm alcance limitado e surtem efeitos paliativos, incapazes de ultrapassarem a área limítrofe em que os problemas de cunho notadamente sociais se manifestam, as quais estariam a exigir políticas sociais básicas.

Inconteste o fato de que as políticas sociais compensatórias recaem sobre os efeitos, ou seja, sobre certos “desajustes” sociais como falta de moradia, de emprego, de alimentação, de vestuário e outros, de sorte que as ações por elas realizadas desencadeiam produtos que acabam se diluindo no momento em que são acionados socialmente. Isso não significa que tais programas sociais sejam totalmente ineficazes e desnecessários. Diante da esmagadora realidade socioeconômica em que vive a sociedade brasileira, as ações sociais são necessárias, mas é preciso admitir que tais políticas setoriais são limitadas, pois não conseguem atingir os elementos mais complexos da estrutura social que reproduzem e possibilitam o fluxo da marginalização.

Nesta linha de entendimento pode-se afirmar que por maior e melhor que seja o aprimoramento técnico dos programas de orientação assistencialista, não trarão uma mudança qualitativa das ações por eles desenvolvidas. Mesmo que haja um aumento dos recursos materiais e qualificação de recursos humanos, tornando mais sofisticadas as técnicas e o padrão de atendimento, nem por isso tais programas poderão ser considerados promocionais; não é pela mera sofisticação dos meios técnicos que se chegará a interferir na complexa situação da infância e adolescência brasileira, inserida no amplo quadro dos problemas sociais.

Os programas que visam o melhoramento da situação que atinge o universo em análise, quando subordinados a uma orientação assistencialista, não têm condições de transformar objetivamente a realidade em que estão inseridas as crianças e adolescentes.

Dia após dia cresce a consciência de que a questão da infância e adolescência, exatamente por situar-se, em regra, como efeito das estruturas sociais, tem espaço privilegiado nos debates e no encaminhamento de questões políticas.

Definir, simplesmente, que a marginalização social é uma resultante da estrutura social e apresentar soluções relacionadas com o incremento econômico, é muito pouco.

Na grande maioria das famílias pertencentes ao quarto estrato da pirâmide social, isto é, das excluídas do processo de acumulação do capital, logo, pauperizadas, com maior frequência agregam-se certos fatores: incapacidade econômica de subsistência, fome, níveis precários de escolaridade, deficientes condições de moradia (favelas ou cortiços), desconhecimento dos seus direitos sociais e políticos, desemprego, desorganização familiar, abandono, orfandade, alcoolismo, etc.

Constata-se assim que é preciso entender o tipo de Estado, no qual a sociedade brasileira desenvolveu-se.

4.1 Por onde anda o Estado?

Antes de mais nada, faz-se necessário situar que o atual século tem como marco histórico, em se tratando do reconhecimentos dos direitos sociais, o ano de 1917, quando em 5 de fevereiro se promulgou a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos.

Segundo Urbina (1974, p. 5 -7), os direitos sociais previstos nessa Constituição não se restringiram à República Mexicana, influenciaram o Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, como também incidiu sobre a Constituição política de outros países.

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira no mundo a instituir o Direito do Trabalho e da Previdência Social, bem como disposições relativas ao Direito Agrário e ao Direito Econômico, definindo a ação do Estado burguês em benefício dos mais necessitados.

No que concerne aos direitos da criança, o art. 123, A, II, da Constituição Mexicana proibia aos menores de 16 anos trabalharem em funções insalubres ou perigosas, em trabalho noturno industrial ou qualquer tipo de trabalho depois das 22:00 horas. No item III, proibia o trabalho a menores de 14 e assegurava aos maiores de 14 e menores de 16 uma jornada máxima de seis horas de trabalho.

Noticia Lowestein⁶ (*apud* URBINA, 1974, p. 29) que a Constituição de Weimer, surgida em 1919, foi outro importante avanço histórico na popularização e extensão dos direitos sociais.

Decorre daí que o chamado "princípio do Estado Social" que revolucionaria as Constituições do Século XX, suscitando o desenvolvimento dos direitos sociais em oposição aos direitos estritamente individuais, fruto do Estado liberal de caráter burguês.

Proclama-se, afirma Bonavides (1990, p. 343), a "dimensão social do homem como o valor mais alto", surgindo a necessidade que se estabelecesse um tipo de organismo estatal que possibilitasse aos homens melhores condições de vida, que gerassem estruturas capazes de garantir um efetivo progresso no campo social.

No Brasil, o que se percebe, no entanto, é que governo pós governo, o Estado de cunho essencialmente liberal, continua fazendo encenações políticas, sem uma efetiva vontade de ver solucionado o conjunto de situações violentadoras da infância e adolescência brasileira.

4.2 A mutabilidade das políticas públicas

⁶ Diz ainda o autor citado com relação a Constituição de Weimer: "Su catálogo de Derechos Fundamentales es una mezcla de un colectivismo moderno y de un liberalismo clásico".

Entre os cientistas sociais, estabeleceu-se um consenso generalizado, em torno do descompasso existente no país entre o seu desempenho nos índices econômicos e seu fracasso na distribuição dos benefícios desse crescimento. Tal contradição revela antes de mais nada o paradoxo do regime autoritário que se impôs no Brasil por mais de vinte anos, no qual se desenvolveu e se cristalizou uma sociedade de consumo de massas, mas de característica periférica, em função dos desequilíbrios sociais ou mesmo regionais que se seguiram a sua implantação.

Isso significa que, apesar da incrementação industrial, com o desenvolvimento de uma economia industrial dinâmica e sofisticada (até certo ponto e em determinados setores), esta não foi capaz de erradicar a miséria, não conseguiu provocar transformações no quadro de baixa nutrição, educação e saúde deficientes, antes, tornou mais evidente o hiato existente entre os beneficiários do progresso e aqueles colocados à margem de toda esta riqueza, dando origem a uma população carente nos diversos aspectos: político, socioeconômico e cultural.

A estrutura social brasileira se caracteriza, dessa forma, por profundas desigualdades que, ao longo de tempo, tornaram-se cada vez mais diferenciadas e complexas. Saliente-se, ainda, que foram justamente as decisões políticas as que resultaram, perversamente, na cristalização, quando não uma exacerbação do perfil de desigualdade.

Tanto é assim que, analisando-se a história das políticas sociais no Brasil, é possível desvendar o conteúdo e a abrangência da ação estatal sobre a estrutura de desigualdades. Segundo expressa-se Pasold (1984, p. 53),

muitas sociedades, ao longo da história, têm pago imenso preço por não fixar políticas claramente conducentes ao dever de agir de seus Estados, e, conseqüentemente, às tendências e concretizações de normas de sua conformação jurídica geral [...]. O dever de agir compromete-se com políticas que uma dada

sociedade, num certo período histórico, decide deveriam ser consagradas em normas e ações, unindo-se vencidos e vencedores de um saudável conflito de idéias que, natural e evidentemente, antecede ao estabelecimento das políticas e do dever de agir.

Tal assertiva se faz necessária, uma vez que se convive com a ilógica experiência de que, com a mudança dos governos, reformulam-se, também, todos o programas que vinham sendo desenvolvidas pelo governo anterior. Tal circunstância revela imaturidade política, uma vez que o poder gira em torno de personalidades mais preocupadas em manterem seu *status*, do que com os interesses dos seus concidadãos. Esta prática se dá, justamente, nas sociedades cujas instituições ainda não estão solidamente constituídas.

A história relata que o Estado brasileiro, no período republicano anterior a 1939, caracterizou-se como uma coalizão entre oligarquias regionais, cujas políticas baseavam-se numa orientação de caráter ortodoxamente liberal e repressivo.

O Estado, nesse período, transferiu para o mercado o ônus da realização da política social, apoiando-se na mera suposição de que as próprias regras de mercado resultariam numa efetiva distribuição dos bens. Tinha como sua tarefa, simplesmente, garantir a lei e a ordem, isto é, reprimir as externalidades, como a desobediência e as constantes manifestações contrárias ao governo, por parte do operariado e classes populares urbanas; controlar os nascentes movimentos sociais de ordem religiosa e o "banditismo" no campo; todas essas manifestações eram tidas para as elites oligárquicas como uma conspiração contra a ordem do mercado econômico. É, portanto, da República Velha, o *dictum* notório de que *a questão social é uma questão de polícia*, descrevendo, assim, o seu estilo repressor na formação das políticas sociais.

Nos anos posteriores ao golpe de 30 - ou revolução de 30, conforme designaram os golpistas da época -, assiste-se a uma

ruptura parcial das elites no poder com a ideologia e a prática de natureza estritamente liberal que caracterizava o período anterior.

Esse rompimento reside na interferência ativa do Estado na definição das regras que regulamentavam as relações de mercado. O Estado, a partir daí passa a intervir no livre jogo das forças econômicas, preocupando-se, por outro lado, em promover a garantia de alguns direitos sociais, isto se dá, sobretudo, por intermédio de uma ampla legislação trabalhista: férias, garantias ao trabalho da mulher e dos menores, disciplina sobre a jornada de trabalho, sobre o repouso remunerado, etc. No entanto, há que se considerar que a ação do governo se orienta menos por critérios de uma efetivação da Justiça Social e mais pela consideração da ampliação da eficiência no mercado econômico, por isso que se diz que o rompimento é parcial.

Tal estratégia resultou em duas importantes implicações:

1º) A garantia dos direitos sociais, definidos a partir da Constituição de 1934, tinha como referência a estabilidade do mercado econômico, de modo que, ocorrido um aumento de sua legitimidade, em face dos direitos que o trabalhador brasileiro passou a dispor, determinava, conseqüentemente, a cooperação e aquiescência dos trabalhadores no sentido do cumprimento de suas determinações e diretrizes.

2º) Ocorreu uma redefinição no conceito de cidadania, ou seja, os direitos a serem pleiteados pelo indivíduo no mercado dependia de sua posição no mercado de trabalho.

Segundo Santos (1978,), foi através da legislação trabalhista, da legislação sindical e do monopólio por parte do Estado com relação ao reconhecimento das categorias profissionais, que o Governo de Getúlio Vargas institucionalizou a "cidadania regulada" (1978, p. 68), resultando numa estratificação das ocupações de acordo com as necessidades de mercado, evidenciando as desigualdades sociais na forma de classes diferenciadas e hierarquizada de cidadãos.

Para Santos, "cidadania regulada" constitui num conceito chave para se compreender a política econômico-social pós-30. Salienta o

autor em análise que tal conceito não tem suas origens num código de valores políticos, "mas em um sistema de estratificação ocupacional", (1978, p. 68) a qual está prevista e definida em lei.

Segundo tal perspectiva "são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações *reconhecidas* e *definidas* em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei. Tornam-se pré-cidadãos, assim, todos aqueles cuja ocupação a lei desconhece" (SANTOS, 1978, p. 68).

No período de 1945 a 1964, expande-se a cobertura estatal. Nesse espaço de tempo o sistema econômico brasileiro reestrutura-se para uma "ordem democrática limitada" (SANTOS, 1978, p. 72). O Estado coloca-se numa posição de atendimento aos interesses de segmentos populares organizados e mobilizados, que tivessem condições de usufruir destes benefícios utilizando-se de estratégias políticas. Esse mecanismo, de características politicamente perversas, era socialmente injusto, uma vez que excluía os estratos mais pobres da população, já situados à margem do mercado e duplamente destituídos: primeiro, por não terem acesso aos direitos e garantias trabalhistas, pois não estavam inseridos dentro de um grupo ocupacional específico ao qual o Estado legava proteção; em segundo, pela própria incapacidade desses segmentos, em exigirem ou pressionarem do Estado. Há que se colocar que não tinham condições de o fazerem uma vez que estavam desmobilizados.

Ocorrido em 1964, o Golpe Militar, o regime que dessa forma se impusera, manteve o papel de reforçar a subordinação das políticas sociais aos interesses do mercado dominante.

O Estado autoritário, haja vista a sua orientação repressiva, eliminou toda e qualquer possibilidade de modificação das políticas

públicas por intermédio da participação/reivindicação das classes populares organizadas, eis que foram bloqueadas as manifestações populares. Instituiu-se um regime extremamente burocrático, que centralizava o exercício do poder, o que equivale dizer que tal período caracterizou-se pelo recesso da cidadania política, uma vez que os anos do regime militar são marcados pelo "não-reconhecimento de direito ou da capacidade da sociedade governar-se a si própria" (SANTOS, 1978, p. 89).

O regime autoritário, em comparação com os governos dos períodos anteriores, investiu um maior volume de recursos nos programas sociais, na expectativa de que a eficiência da ação estatal sobre os crescentes problemas sociais, o tornasse legítimo. No entanto, a mera multiplicação de programas sociais não resultou numa melhoria na condição de vida das camadas mais pobres da população.

De fato, o regime militar pouco fez para resgatar a dívida social que ano após anos não somente se acumulava, como também se intensificava. Não se pode negar que houve uma certa evolução no atendimento às populações carentes, mas até nesta questão a política social era viciada, pois tinha característica seletiva e, na maioria dos casos, até mesmo excludente dos setores que sofriam uma mais evidente marginalização social. Isso porque as políticas sociais implantadas, beneficiaram diferentemente a pobreza urbana e a rural, aquela recebia uma atenção maior do que esta última. E também nas cidades, ou seja, com os pobres urbanos, haviam profundas distinções: os benefícios destinavam-se mais aos setores da indústria do que da construção civil e do setor informal do mercado. Este fato tinha uma justificativa lógica, uma vez que estes últimos tinham menos condições de se articularem politicamente, e assim, na perspectiva de legitimação desse regime imposto, eram considerados menos estratégicos.

O Estado brasileiro, haja vista o modelo econômico excludente e controlador de riquezas, que não permitia a participação popular, armava-se de mecanismos que lhe garantiam

reprimir as formas de resistência popular. Um desses mecanismos utilizados era a centralização do poder decisório na esfera governamental, assegurado por uma estrutura burocrática fechada. Tal poder estabeleceu medidas que não mais atendiam aos reais interesses e anseios das classes populares e visavam fundamentalmente ao controle social, à desmobilização político-social e à consequente falta de espaço para o desenvolvimento de uma consciência crítica por parte da sociedade.

O modelo de desenvolvimento brasileiro não seguiu uma trajetória uniforme, mas passou por várias etapas: o nacionalismo populista da Era Vargas, o desenvolvimentismo de JK, a forte interferência estatal do período Militar, como o “milagre econômico” dos anos 1970 e a “década perdida” dos anos 80, bem como a redução do papel do Estado da “modernidade atual”.⁷ Entretanto, substancialmente o modelo se manteve intacto em seus princípios e orientações.

É forçoso reconhecer que, ao longo desses anos, houve tentativas de amenizar tais descompassos com medidas sociais. Foram implantadas algumas estruturas, ainda que frágeis, do Estado do Bem-Estar Social, como por exemplo a Previdência Social, o governo promoveu ações pontuais - desde as frentes de trabalho de outrora até os atuais programas de renda mínima ou, ainda, o Programa de Ação Comunitária. Além das iniciativas promovidas pelo Poder Público, surgiram na iniciativa privada inúmeros Organismos Não-governamentais, conhecidos como ONGS, que se ocupam com questões múltiplas, desde o problema da infância como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua até às questões ambientais, como por exemplo com o Movimento Ecológico Livre, ainda, o surgimento de certas fundações engajadas com questões sociais como

⁷ Sobre esta questão convém destacar que o modelo neoliberal não tem a mesma valência para todos os setores da sociedade: quando se trata de salvar o hipertrofiado sistema financeiro, o Estado o ampara, quando, no entanto, se trata de salvar o emprego e as conquistas sociais, o mesmo se retira para promover a livre negociação entre o empresariado e sindicatos enfraquecidos.

a Fundação ABRINQ pelos Direitos da Criança e tantas outras representações sociais.

Tais medidas sociais, contudo, têm-se revelado insuficientes para resolver o problema. Não somente pela crônica falta de recursos do Estado para a devida execução de programas, mas pelo fato de os mesmos atacarem apenas os sintomas, e não a origem da exclusão e apartação social, ou seja, não promovem uma autêntica reforma agrária, não geram emprego, não reverterem o caótico crescimento urbano. Não basta assentar os sem-terra se esta medida não for acompanhada de uma política agrícola conveniente, não basta o seguro desemprego ou a redução dos encargos se não se supera o impasse criado pela globalização quanto à geração de empregos, não bastam reformas urbanas cosméticas se não há uma política de desenvolvimento urbano coerente, e assim por diante.

Portanto, nas chamadas “soluções políticas” reside uma das maiores questões do Brasil, as quais passam necessariamente pelo debate sobre o nosso modelo de desenvolvimento. Aqui as políticas públicas não se caracterizam por serem instituições, o que implicaria em permanência, em continuidade das ações e medidas iniciadas, independentemente das mudanças de governo. Política pública não é sinônimo de assistencialismo e, muito menos, de paternalismo, antes é conjunto de ações, formando uma rede complexa endereçadas sobre precisas questões de relevância social. São ações, enfim, que objetivam a promoção da cidadania.

5. Considerações finais

Diante desse quadro é plausível afirmar que o sistema normativo tem sido eficaz nas questões atinentes à infância e à juventude? E se houve alguma preocupação no plano jurídico, até que ponto e em que medida esta preocupação tem influenciado a realidade social?

Considerando que a Lei n. 8.069/1990 trouxe uma verdadeira revolução no que concerne ao universo da criança e do adolescente, a questão que se coloca 28 anos após a sua implementação é, ainda, como tornar efetivos os novos direitos nela consignados.

Como bem assinala Bobbio (1992, p. 25): “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”.

Nesse sentido não mais nos deparamos com um problema de ordem filosófica, “mas jurídica e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 1992, p. 25).

Dentre os ordenamentos legais infraconstitucionais vigentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o que apresenta um maior grau de complexidade e está em harmonia com as mais modernas teorias que tratam dos novos direitos da infância e adolescência.

Tal diploma legal se constitui num instrumento legal avançado pela sua preocupação com a criança na esfera em que vive – daí a ênfase na municipalização dos serviços, na criação dos Conselhos Tutelares e dos Direitos, enfim, todo um sistema de garantias. Essa lei revela, ainda, outra preocupação com a matéria ao possibilitar a propositura de demandas judiciais em defesa dos interesses da criança e do adolescente.

Uma preocupação que nos angustia, enquanto pesquisadores do Direito da Criança e do Adolescente, refere-se à análise da doutrina que está sendo formulada, concepções técnicas e conceituais, bem como à construção jurisprudencial, as quais são reveladoras da forma como os juristas têm se posicionado diante da Lei n. 8.069/90: se estão imbuídos deste novo sopro, ou seja, a percepção dos novos direitos, ou se ainda estão presos ao dogmatismo menorista ou, o que seria ainda pior, se estão

estruturados a uma dogmática penal conservadora, pautada na punição e no afastamento, em forma de institucionalização, dos indesejáveis sociais.

Como foi possível constatar, o sistema normativo brasileiro legou algum tipo de atenção às questões atinentes à infância e à adolescência. No entanto, estas leis apresentavam um caráter discriminador acentuado: os menores de idade eram objetos tutelados. Quando da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se assenta na concepção da criança sujeito de direitos, a preocupação que se apresentava era de que modo e em que grau esta nova postura influenciaria a realidade.

Todos temos consciência de que a lei por si só não opera mudanças ou realizações sociais. Ela é instrumento, é meio. Para que efetivamente esta lei não constitua “letra morta” faz-se continuamente necessária a constituição de mecanismos, de sistemas facilitadores de sua real aplicação, bem como a implantação de políticas públicas que garantam o acesso à educação, à profissionalização, à saúde, ao lazer, ao trabalho e salário justos.

Na construção de uma sociedade que efetivamente priorize a criança, todos somos responsáveis. É justamente por isso que a atual Carta Política visualiza um tripé de agentes asseguradores dos direitos da criança e do adolescente, quais sejam: a família, a sociedade e o Estado (art. 227, *caput*), o que é também repetido pela Lei n. 8.069/1990, em seu art. 4º.

Nesse processo de conferir à criança e ao adolescente uma série de direitos que vão desde a efetivação dos direitos referentes à vida até a convivência familiar e comunitária, há que garanti-los com absoluta prioridade. A garantia de prioridade, segundo a definição legal, presente no parágrafo único do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, compreende especificamente:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Constata-se por todo o exposto que o Direito da Criança e do Adolescente assenta-se numa nova perspectiva: abandonou-se a concepção menorista, da Doutrina da Situação Irregular, para se referendar a ideia fundamental de que estamos diante de um sujeito, um sujeito especial em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Por ter esta nova concepção teórica, a qual visa a uma formação teórica e práxis diferenciadas, o Direito da Criança e do Adolescente se situa como um dos mais importantes dentre os novos direitos sociais.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LIMA, Fernanda da S; VERONESE, Josiane R. Petry. *Mamãe África cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial*. Florianópolis: Editora da Ufsc/ FUNJAB, 2011.
- LOWENSTEIN, Karl apud URBINA, Alberto Trueba. *La Constitution Mexicaine de 1917 se reflète dans le Traite de Paix de Versailles de 1919*. Paris, 1974.
- MENDES, Rita V.; VERONESE, Josiane R. Petry. A inclusão escolar da criança e do adolescente frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fraternidade. In: OLIVEIRA, F. C.; OLIVEIRA, O. M.B. A.; VERONESE, J.R.P. *Direitos da criança e do adolescente e direitos da juventude: o olhar da fraternidade*. Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 147 a 170.
- PASOLD, Cesar Luiz. Função social do Estado contemporâneo: algumas questões conceituais. *Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina*. Florianópolis, n. 2, p. 51-57, jul./dez. 1984.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1987.

URBINA, Alberto Trueba. *La Constitution Mexicaine de 1917 se reflète dans le Traite de Paix de Versailles de 1919*. Paris, 1974.

Ana Luz, a menina dos dedinhos mágicos: encontro entre a ficção e o Direito para pensar a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes na internet

Rosane Leal da Silva¹

Uma introdução nada convencional para tratar de assunto atual.

Ana Luz é uma menina muito bonita e esperta, que desde seu nascimento trouxe muita alegria para toda sua família. Desde bebê já ficava atenta a tudo o que seus pais e seu irmão faziam, especialmente quando eles usavam algum aparato tecnológico. Tinha um verdadeiro encantamento por tecnologias e seus olhos azuis ficavam muito animados e arregalados com o que via, com as cores e o movimento dos bonecos que saltavam da tela. A menina não se continha de alegria e sacudia freneticamente os pequenos bracinhos cada vez que via que alguém estava usando um telefone móvel ou tablet. “Também quero este brinquedo!!”, pensava a pequena, sem saber articular corretamente as palavras.

Desde o momento em que teve capacidade de segurar objetos com firmeza, seu pai lhe deixou brincar com o telefone móvel. Primeiro ela recebeu o telefone para ouvir músicas infantis, animadas por engraçados animais dançantes. Não entendia muito

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com pesquisa sobre a proteção de crianças e adolescentes na sociedade informacional. Professora Associada do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da UFSM. E-mail para contato: rolealdasilva@gmail.com. Link para o Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1218962383221912>

bem como aqueles animais podiam ser tão divertidos!! “Que bonito!!”, pensava em sua ingênua cabeça de criança. “E como vieram parar dentro do telefone?” Independente da mágica que tinha ocorrido, Ana Luz ficava encantada com o que via.

À medida que seus braços ficaram mais fortes e suas mãozinhas mais seguras, seu papai lhe deixou segurar seu tablet pela primeira vez. Ele lhe disse muito solenemente:

“Veja, Ana Luz, agora você é grande, como seu irmão João e, por isso, já pode ver desenhos animados e joguinhos no tablet ...”.

A garotinha, saltitando de alegria, nem esperou o pai concluir a frase para, ofegante, dizer:

“Posso?!! Eu quero brincar com a minha turma”, disse ela prontamente.

“Sua turma?” disse o confuso pai, coçando a cabeça.

“A Turma da Galinha Pintadinha” socorreu a mãe, que assistia de longe aquela cena e já conhecia os gostos da filha pequena.

E assim foi feito. Nos meses que se seguiram Ana Luz brincava diariamente com o tablet e a cada dia tinha novas habilidades. Bastava não gostar de um desenho ou brincadeira que a menina rapidamente passasse seu dedinho pela tela do equipamento, mudando de atividade. Como ela não entendia como aquela mudança de um site ao outro ocorria, ela acreditava na versão que se pai lhe contara: que os dedos deles eram mágicos e assim, sempre que um desenho ou historinha estivesse triste, bastava ela passar o dedo sobre a tela e, “puft”, imediatamente iria para uma história mais divertida.

Sua crença no poder mágico dos dedos era tanta que, certa vez, ao ver João chorar por ter caído e se machucado, a menina não teve dúvidas: correu até o irmão e começou a passar o dedinho no seu rosto.

“Ana Luz, eu machuquei o pé e não o rosto!!” exclamou o irmão, entre um soluço e outro, sem entender o que a irmãzinha tentava fazer.

A menina pareceu não ligar para a frase do irmão e seguiu passando a mão no seu rosto, reproduzindo o típico gesto usado para ir de um site a outro.

“É que ela pensa que pode fazer com você o que faz com os desenhos animados: troca de história quando o personagem está triste ou chora. Ela pensa que se tocar direitinho você também vai mudar de aparência e parar de chorar. Deixa ela fazer isso” - disse-lhe a mãe, gostando de ver a solidariedade entre os irmãos.

E o gesto acabou dando resultado, pois os dedinhos de Ana Luz produziram cócegas no rosto de João e o menino inevitavelmente acabou rindo. Ao ver o sorriso a garota riu e bateu palmas, pois finalmente tinha conseguido “trocar” a imagem do menino entre lágrimas por seu irmão sorridente. “Agora sim!!”, pensou a alegre Ana Luz, acreditando fortemente na magia que lhe havia sido ensinada pelo pai.

A medida que crescia, Ana permanecia mais e mais horas brincando com o inseparável “tablet das crianças”, como chamava sua mãe. Aquele equipamento eletrônico era sua verdadeira babá, lhe fazendo companhia diante da ausência do irmão, que já estava na escola dos “grandes”. A rotina de trabalho de seus pais fora de casa impossibilitava que a menina convivesse com eles durante o dia e Ana Luz dividia seu tempo entre ficar em casa com Fernanda, sua cuidadora, e frequentar a creche. Quando não estava na creche ficava em seu mundo encantado, rodeada de bonecos animados, desenhos virtuais, músicas, jogos eletrônicos e muita diversão.

Ana Luz via tantas vezes as mesmas histórias que já era capaz de repetir parte dos diálogos de seus personagens favoritos e, quando estava sozinha em seu quarto reproduzia sua fala e gestos, como se ela mesma fizesse parte da história.

Ana ainda não sabia ler, mas intuitivamente identificava as histórias e os jogos que lhe interessam. Conseguia entrar nos sites porque seu pai havia selecionado uma lista de endereços eletrônicos com desenhos, jogos e músicas infantis, deixando-os

armazenados no equipamento. Bastava a menina passar o dedinho e pronto, uma nova história começava.

Além de usar os equipamentos para assistir aos programas favoritos, as crianças da família Lopes sabiam tirar fotos e se divertiam fotografando um ao outro. Perseguiam os animais da casa e os fotografavam, não deixando nem mesmo os gatinhos comerem sossegados.

Tudo transcorria normalmente até que um dia algo inesperado aconteceu: o desenho favorito de Ana Luz agora tinha um novo narrador! A menina adorou a nova história, especialmente porque a novidade era interativa: além de o narrador incentivar a plateia a reproduzir e fotografar as encenações, a cada nova performance ela podia ganhar estrelinhas e passar para uma nova fase, em que conheceria ainda mais a nova história. “Que legal!!”, pensou a menina assim que sua babá leu para ela a novidade.

“Pena que ainda não sei fazer tudo, tudo sozinha”, pensou a curiosa Ana Luz, já prevendo que se não recebesse ajuda do irmão não conseguiria ganhar muitas estrelinhas.

“Como farei para conhecer toda a história”, pensava Ana Luz, já muito empolgada com os novos personagens.

Cada vez que acessava o site logo ouvia a voz do narrador: “Olá, princesa, este desenho é feito para você, que será princesa por um dia, no Reino do Faz de Conta. Pegue seu vestido mais bonito, seu arranjo de cabelo favorito e corra para o espelho ... agora você vai se transformar na princesa mais linda”.

E assim seguia a narrativa, que era acompanhada nos mínimos detalhes por Ana Luz. Ela tinha que tirar fotos vestida de princesa e só conseguiria ganhar sua primeira estrelinha se mandasse as fotos para o site, o que tinha que ser feito “sem que seus pais soubessem”, como havia falado o narrador, pois do contrário não ganharia as estrelinhas e, ainda, estragaria a surpresa que depois seria feita aos pais.

Ana Clara nem podia esperar para ver a alegria de seus pais quando vissem que ela tinha se tornado uma personagem verdadeira da história!!

No primeiro dia Ana Luz tentou e tentou enviar as fotos e não conseguiu. Lembrou de pedir ajuda a João. “Afinal, ele não é meus pais, não é mesmo?”, pensou a garota, não vendo o momento de receber sua primeira estrelinha de prêmio.

João, do alto dos seus 8 anos ajudou a irmã, mas disse: “Ué, teu dedo não era mágico? Por que precisa do meu?? Vou te ajudar só dessa vez e espero que aprenda onde apertar para enviar as fotos”, ao que ouviu palminhas de agradecimento.

No dia seguinte, Ana Luz passou a manhã inteira no seu quarto, na frente do espelho. Na cama, uma pilha de vestidos, roupas de banho, pijamas e roupas íntimas deixavam uma pista do que a garota andava fazendo. Nenhum adulto prestou atenção, achando que aquela bagunça era mais uma das sapequices da agitada menina.

De tanto tentar, ela havia conseguido, sozinha, tirar as fotos e enviar para o site. Recebeu sua primeira estrelinha e ainda seria princesa numa das histórias! “Nem acredito que estarei na história e que todos me verão”, pensou a garota, sentindo-se a mais tecnológica das crianças.

A próxima tarefa exigida pelo narrador do desenho era ainda mais desafiadora, pois agora ela teria que dramatizar uma “cena de verdade” e ainda filmar, como dito pelo narrador: “Agora será o grande momento!! Nossa personagem terá que colocar roupas de banho, pois estará na praia e será atacada por um peixe. Como o peixinho entrará no biquini da princesa, ela rapidamente vai tirar a roupa de banho e vai se movimentar, como se estivesse dançando”.

Ana Luz ficou preocupada! “Precisaria de muito ensaio!”, pensou. “Não sei usar a filmadora”, lembrou a garota, com lágrimas nos olhos.

Via o sonho de transformar-se numa personagem infantil muito longe. “Que lástima”, pensou. “Agora que já tinha aprendido todos os passos da dança, que já havia escolhido o biquini certo ...”.

Estava imersa em pensamentos quando ouviu a voz de sua babá. “Claro, Fernanda poderia ajudar-lhe”.

Correu para encontrar a babá e lhe explicou o que precisava. De tão animada, atropelava as palavras e misturava os assuntos, o que tomou bastante tempo para que Fernanda entendesse por que Ana Luz precisava usar a filmadora do tablet.

Quando a babá finalmente compreendeu, resolveu pedir para que Ana Luz “fizesse de conta que era a personagem e repetisse o que o narrador lhe mandava fazer”. Foi nesse momento que Fernanda ficou ainda mais preocupada.

“Não podia ser!” pensou a cuidadora. Aqueles gestos não eram de uma personagem infantil. A forma de mexer o corpo, de dançar enquanto tirava a roupa ... “Para já com isso, Ana Luz”, disse-lhe Fernanda. “Isso não é comportamento adequado para uma criança”, falou rispidamente a cuidadora.

Ana Luz sentou na cama sem nada entender. “Como não??!!”, pensou a menina, com lágrimas nos olhos.

“Mas isso faz parte da história”, retrucou a menina, sem entender o motivo pelo qual sua babá estava a brigar com ela.

Rapidamente Fernanda pegou-lhe o tablet das mãos. Olhou, tentou entender o que acontecia na história, mas só conseguiu acessar as instruções do narrador. Ficou muito, muito desconfiada e saiu levando o equipamento consigo, deixando para atrás uma menina parcialmente sem roupa, meio aturdida e quase sem esperanças de ganhar mais “uma estrelinha e finalmente realizar o sonho de ser personagem principal do seu desenho favorito”.

“Era preciso mostrar tudo aquilo para a mãe da menina, e sem demora”, pensou Fernanda. E assim, tão logo os pais de Ana Luz chegaram em casa já receberam todas as informações de Fernanda. Aturdidos, os adultos não sabiam o que estava acontecendo, pois ainda que o site parecesse infantil e

aparentemente fosse inofensivo, a narrativa e o enredo em nada se aproximavam de desenho infantil.

“Vamos fazer contato com o site”, sugeriu a mãe.

“O site deve ser falso”, retrucou o pai.

“O que está acontecendo? Diz para mim!!” falava João.

Enquanto tudo isso ocorria, Ana Luz encolhia-se numa poltrona ao lado, certa de que a culpa por tudo aquilo era sua. “Por que todo esse nervosismo”, pensava ... “só quero ganhar uma estrelinha e ser princesa do próximo desenho animado ... que mal há nisso?”.

A família tentou e tentou e, sem conseguir entender o que estava acontecendo, levaram o equipamento e a história para conhecimento da polícia. Ali a surpresa foi ainda maior: encontraram outros vizinhos e amigos cujas filhas, todas crianças e da idade próxima a de Ana Luz, tinham sido enganadas.

A medida em que o delegado especializado em assuntos tecnológicos ia explicando o que tinha acontecido, muitas mães choravam, enquanto os pais ficavam muito furiosos. Finalmente tudo tinha se esclarecido:

“Um grupo de criminosos tinha falsificado o site dos desenhos animados infantis e jogos virtuais, transformando o roteiro das histórias e estimulando as meninas a repetirem as cenas, que de inocentes tinham passado a poses sensuais e eróticas, com roupas de banho e até mesmo sem nenhuma roupa”, explicava o delegado. “Depois as crianças tinham que se fotografar e o próximo passo era filmar e enviar as imagens”.

Nesse momento os Lopes compreenderam que sua filha tinha sido vítima de um grupo criminoso que atuava com pornografia infantil na internet!

“Que horror!!” - balbuciou a mãe, entre lágrimas - “como isso foi ocorrer?”.

O pai sabia! No fundo sempre soube que não era bom que os filhos, tão novos, usassem sozinhos aqueles aparatos tecnológicos.

Naquele momento viram que tinham falhado em proteger seus pequenos.

Naquele dia, quando voltaram para casa, tinham em suas mãos livros, álbuns de figurinhas, vários envelopes de figuras adesivas, CDs com histórias e músicas infantis, canetas coloridas, pinceis, cadernos de gravuras. Os pequenos olharam os pacotes com os olhos arregalados, pois nunca tinham visto aquelas coisas.

Passada a surpresa e superada certa frustração por não mais terem seus brinquedos tecnológicos, logo passaram a se divertir, “pintando o sete”, como dizia seu pai quando eles derrubavam tinta ou manchavam o sofá com lápis de cor.

E assim, novas práticas foram vivenciadas entre os irmãos da família Lopes. Enquanto João colecionava figurinhas de jogadores de futebol, Ana Luz ganhou um avental novo e, incentivada por sua mãe, trocou as histórias virtuais por histórias impressas: passou a desenhar e pintar, com a promessa de que seu primeiro caderno de histórias em quadrinho seria transformado em um livro. A partir de agora a menina não mais poderia tirar fotos no celular e seu álbum virtual deu lugar ao velho e bom álbum de papel, onde todos poderiam ver as “caras e caretas” de Ana Luz.

No Natal daquele ano os avós e tios tiveram uma grata surpresa: seu presente de Natal era o primeiro livro de desenhos, que contava a história de uma princesa muito linda e sapeca, com poderes para transformar tudo a sua volta com um simples toque.

E foi assim que uma má experiência na internet serviu para que todos ficassem mais atentos aos riscos do uso da tecnologia na infância e, devido a esse susto nascia uma pequena escritora de histórias.

“Este é o meu livrinho, pessoal: Ana Luz, a menina do dedinho mágico”!

1 Um link entre a ficção e a realidade: como o Direito integra esse universo?

Ana Luz é uma menina imaginária, mas bem que poderia ser real, pois há inúmeras “meninas tecnológicas” que, desde tenra idade se aventuram sozinhas na internet. Seus pais não permitem que andem desacompanhadas pelas ruas da cidade, pois ali identificam inúmeros riscos para a sua integridade física e mental, mas não percebem que as infovias podem esconder os mais variados riscos. Ao ignorar tal situação, incentivam que seus filhos façam intenso uso das tecnologias, colocando em suas mãos aparatos tecnológicos sob o pretexto de distrai-los.

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são disruptivas e atingem de maneira silenciosa e lúdica a tradição intergeracional. Muitos pais e mães não experimentaram, em suas infâncias, o uso desse aparato tecnológico, passando a ter contato mais intensificado a partir da vida adulta. Nessa condição muitos, a exemplo dos pais de Ana Luz, não conseguem perceber os riscos derivados do contato prematuro com conteúdos impróprios, inadequados ou ilícitos a que crianças e adolescentes ficam expostos, não se mostrando em condições de identificar efeitos negativos provenientes das interações com outros internautas.

Muitos genitores, ao atuarem como migrantes em ambientes nos quais crianças e adolescentes são nativos digitais, imaginam que o fato de a criança ter habilidade e saber se deslocar de um site a outro, ingressar num jogo virtual, facilmente capturar imagens ou localizar seu vídeo favorito lhe confere a condição de acessar a internet desacompanhada. Trata-se de um grave e perigoso equívoco!

Ainda que seja largamente difundido, cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), documento que inspirou a adoção, no país, da Doutrina da Proteção Integral, prevista explicitamente no artigo 227, da Constituição Federal de 1988. A proteção integral, devida

pela família, sociedade e Estado deve alcançar todas as dimensões da criança e do adolescente, com especial atenção às condições de pleno desenvolvimento físico, mental, emocional, cognitivo, espiritual, devendo ser provida por todos os atores sociais, cuja responsabilidade é compartilhada.

É inegável que os genitores desempenham importante papel, pois é no seio familiar que usualmente são produzidas orientações, conselhos e dadas as primeiras advertências sobre eventuais comportamentos negativos ou prejudiciais realizados pelo infante ou adolescente. Não se pode ignorar, no entanto, a situação de muitos pais que, por não terem acesso à internet ou por carecerem do suficiente letramento digital, não dispõem de condições para adequadamente orientar. Essa situação se agrava ante ao fato de que muitas crianças e adolescentes acessam privadamente a internet por meio de telefones celulares e outros dispositivos móveis, como retratado na pequena história de Ana Luz, mote inspirador dessa abordagem.

Quanto ao fato específico da pornografia infantil, o mapeamento realizado pela Organização Não-governamental Safernet Brasil (2018) e publicado em seu site evidenciam que diariamente muitas meninas como Ana Luz são enganadas e têm suas imagens capturadas, posteriormente utilizadas para alimentar redes internacionais de criminosos sexuais. No ano de 2017 o número de fatos noticiados por brasileiros atingiu 1027 páginas, denunciadas por hospedarem conteúdo que configura pornografia infantil. Dessas, 720 utilizavam o idioma Português, 79 estavam em Inglês, 6 em Russo, 3 em Espanhol e um em Francês. A diversidade linguística evidencia que a prática desse crime, tipificado no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) se espalha com muita facilidade e envolve pessoas que se organizam independentemente da nacionalidade e das fronteiras. (SAFERNET BRASIL, 2018).

O país, na condição de signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Protocolo

Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil² e à pornografia infantil, firmado em 25 de maio de 2000, em Nova York e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 5007, de 08 de março de 2004 obriga-se a adotar postura vigilante, empenhando-se para prevenir tais práticas, bem como punir aqueles que exploram sexualmente crianças e adolescentes.

Em que pese estes marcos normativos e a própria inclusão de inúmeros dispositivos no artigo 241, do Estatuto, deixando-o mais adequado à realidade mundial e ao impulsionamento que este crime sofreu com a utilização de TIC, sabe-se que a mera previsão legal, tipificando condutas, não tem o poder de mudar a triste realidade de muitas vítimas.

O combate à pornografia infantil é tema desafiador ao Estado por inúmeros fatores, a saber: a) as TIC permitem que os membros dos grupos rapidamente se organizem, com facilidade para preparar imagens, divulgá-las entre seus integrantes, que se localizam em distintas partes do mundo, o que evidencia o alcance internacional das conexões; b) muitas vezes a vítima ou mesmo seus familiares desconhecem a situação de violência sexual e ignoram que a imagem, capturada por alguém que goza da confiança da família, foi usada para alimentar essas redes internacionais; c) o perfil dos criminosos aponta para pessoas que detêm maior formação, com conhecimento na área da informática (ainda que mínimo) e que dispõem de alguma condição financeira, o que foge dos estereótipos usualmente alcançados pela persecução penal³; d) o rápido desenvolvimento tecnológico e a adoção de

2 Cabe um ponto de crítica à nomenclatura adotada no Protocolo Facultativo, pois entende-se que crianças e adolescentes não se constituem em razão de não terem seu discernimento completo para realizar essa escolha. Ao contrário disso, são explorados sexualmente pelos adultos.

3 Investigação realizada em 2017 nas decisões hospedadas no site do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal importou na identificação de situações bastante interessantes quando ao perfil dos investigados: em casos de extradição havia um pedido para extraditar um norte-americano; um pedido formulado pelo Reino da Suécia, para extraditar um cidadão daquele país; há situações envolvendo um prefeito: bem como num outro Habeas Corpus o imetrante é o Cônsul de

novos programas permite que os criminosos hospedem conteúdos nas camadas mais profundas da internet (*deep web*), o que dificulta não só a identificação por parte de internautas não integrantes daquela rede fechada, quanto também torna mais complexa a atuação do Estado (SILVA, 2017, p. 493-533; SILVA, 2018, 225-249).

Quanto ao uso de programas que permitem a navegação nas camadas mais profundas da internet, ainda que essa estratégia dificulte a ação policial, não a impossibilita, conforme evidenciado pelo primeiro caso investigado pelo Polícia Federal do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2015). A constatação do largo uso das redes ocultas por esses criminosos originou, em 2017, a alteração do artigo 190 A a E⁴, inserção de inúmeros dispositivos acrescidos pela

Israel, o que demonstra que não se está diante da criminalidade que a polícia usualmente investiga (SILVA, 2017, p. 512-525)

4 Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras:

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas;

III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial.

§ 1^o-A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1^o-deste artigo.

§ 2^o-Para efeitos do disposto no inciso I do § 1^o-deste artigo, consideram-se:

I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

§ 3^o-A infiltração de agentes de polícia na internet não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios;

Lei nº 13.441 de 2017 que alteraram a redação originária do Estatuto. A partir deles é permitida a infiltração de agentes policiais para a investigação de crimes praticados na internet, não consistindo em crime tal infiltração desde que respeitadas algumas condições, assim sumarizadas: autorização judicial que estabeleça os limites da intervenção, com manifestação do Ministério Público; ocorrerá mediante requisição do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, acompanhada da demonstração da real necessidade; a infiltração deve limitar-se ao prazo máximo de 90 dias, com renovações justificadas, desde que não exceda a 720 dias; só será admitida a infiltração se este meio for indispensável para a obtenção da prova.

Entende-se que esses acréscimos são de muita utilidade, pois disciplinam a atuação da polícia, impondo limites para que a própria investigação não seja perdida, maculada por algum excesso que venha a ser praticado ao longo de sua apuração. Ademais,

Art. 190-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.

Art. 190-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos nos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

Art. 190-D. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada.

Parágrafo único. O procedimento sigiloso de que trata esta Seção será numerado e tombado em livro específico.

Art. 190-E. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade das crianças e dos adolescentes envolvidos.

entende-se que essa estratégia se constitui em importante alternativa, especialmente quando os autores do crime utilizam a *deep web*, pois do contrário talvez a polícia não tivesse condições de identificar essas práticas e seus autores.

Ainda que este tema seja preocupante, inúmeros outros riscos rondam esses jovens internautas, cuja idade por vezes não os permite identificar com maior precisão ou, quando identificados, em alguns casos não dispõem de condições para o seu adequado enfrentamento. É sobre esses riscos, invisíveis a muitos genitores e praticados com a tolerância da sociedade e a complacência do Estado que versará a próxima seção.

2 O perigo a um click: panorama de violações aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Resultados da Pesquisa realizada no ano de 2017 pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC, 2018), com amostra realizada a partir de 3.102 entrevistas com crianças e adolescentes e 3.102 entrevistas com pais/responsáveis revelou dados preocupantes. Do universo de crianças e adolescentes entrevistadas, 85% tinham acessado a internet nos três meses anteriores à investigação, sendo que desses, 90% dos que viviam na área urbana eram internautas. Quanto à faixa-etária, 74% dos entrevistados entre 09 e 10 anos de idade acessavam a internet, percentual de acesso que atinge 93% entre os adolescentes entre 15 e 17 anos (CETIC, 2018).

Quanto ao recorte de gênero, entre as entrevistadas do sexo feminino, 86% usavam a internet, percentual praticamente igualado pelos meninos, pois do total dos entrevistados 85% disseram que utilizam a internet. A investigação também confirmou os dados das outras pesquisas, evidenciando que aqueles usuários pertencentes às classes sociais A e B tem mais acesso, pois entre os respondentes desse grupo 98% disseram usar a internet, o que cai para 70% de uso entre aqueles oriundos dos

estratos socioeconômicos mais baixos, provenientes das classes D e E (CETIC, 2018).

Dado bastante importante relaciona-se ao meio empregado para o acesso, pois pode ser revelador de maior acompanhamento parental ou de sua inexistência. Nesse sentido, 93% dos entrevistados informou acessar a internet por celular, meio de acesso exclusivo para 49% dos usuários. Tais dados apontam para interações mais privadas e pessoais, sem acompanhamento parental quanto aos sites visitados e conteúdos visualizados, acompanhamento escasso ou inexistente também quanto ao número de horas dispendida nessa atividade, vez que os celulares acompanham os infantes e adolescentes em todos os lugares, o que dificulta ou impossibilita a supervisão parental.

Uma vez tendo acesso, crianças e adolescentes realizam as mais variadas atividades online. A prevalência é para atividades de entretenimento, como assistir a vídeos, filmes, séries e programas, uso registrado por 77% dos participantes, 75% ouviu música, 58% dentre os respondentes utilizou as TIC para jogar na internet não conectado a outros jogadores e 36% dos entrevistados informou ter participado de uma página ou grupo na Internet para conversar sobre coisas que gosta. A tecnologia também é empregada para fins educativos, pois dentre os entrevistados, 76% disse ter pesquisado na Internet para fazer trabalhos escolares (CETIC, 2018).

Em meio a tantas conexões, muitas delas com potencial claramente positivo para a ampliação do contato com bens culturais (filmes, músicas, conteúdos educativos), também são registradas situações negativas e perigosas, como presenciar a disseminação de conteúdo discriminatório. Segundo dados apurados, internautas de todas as idades já presenciaram discriminação contra outras pessoas na internet, ampliando-se os registros entre aqueles que se encontram no final da adolescência, pois os respondentes dentre 15 e 17 anos de idade, 54% afirmou ter presenciado discriminação na internet. Entre as crianças, 13% dos

internautas entre 09 e 10 anos de idade já presenciaram tais situações, percentual que sobe para 30% quando é investigado o grupo etário seguinte, que envolve crianças entre 11 e 12 anos (CETIC, 2018).

Tal indicativo evidencia que no ambiente virtual ocorre a amplificação e aprofundamento das hostilidades e discriminações já existentes na sociedade, expondo crianças e adolescentes a tais conteúdos ora na condição de vítimas, ora como autores da ofensa, o que afronta claramente o disposto no Estatuto da Criança e Adolescente.

Com efeito, este importante diploma legal estabelece dispositivos voltados à proteção integral dos infantes e adolescentes, o que pressupõe atenção especial aos seus direitos fundamentais, cujo catálogo é aberto, plural e indivisível, a sugerir que esses direitos devem ser compreendidos em sua dimensão humanista, cuja fonte remete aos valores e princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Partindo dessa visão ampliada de direitos, refletida no artigo 18 do Estatuto, crianças e adolescentes não deveriam ser expostas a situações que prejudiquem seu desenvolvimento por serem violentos, aterrorizantes, vexatórios ou constrangedores, como ocorre com conteúdos discriminatórios.

Analisando com mais atenção as respostas ofertadas pelos entrevistados, verifica-se que dentre aqueles que presenciaram, 26% dos casos era motivado pela cor ou raça, o que constitui um dado preocupante já que tais ofensas se configuram crimes de injúria racial, prevista no artigo 140, do Código Penal⁵ ou crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989⁶.

5 Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

6 Com o seguinte teor: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

É sabido que o racismo se manifesta de várias formas e está presente nas relações cotidianas, quer isso se dê de maneira mais velada e expressa na forma de gracejos e piadas (que nada têm de engraçadas), na maneira de fazer referência para identificar alguém, adjetivando a pessoa pela raça ou cor (aquela menina negra; o garoto negro que está ali, por exemplo) ou na incompreensão das manifestações culturais e religiosas de matriz africana; quer isso se revele na violência estrutural, sobre a qual se fundam as instituições brasileiras. Tal violência explica em parte o reduzido número de acadêmicos negros nas universidades, pois ainda (e infelizmente) é corrente entre muitos a ideia de faltar aos negros as condições cognitivas para enfrentar os desafios desse nível de ensino. Também permite analisar criticamente e compreender as causas do exorbitante contingente de negros que cumprem penas nos presídios ou estão detidos em delegacias policiais, evidência que a cultura jurídica opera em cortes, selecionando determinados sujeitos sobre os quais recairão os rigores da lei.

Essa violência histórica e de origem escravagista ainda não está superada na sociedade brasileira e nos últimos anos encontrou nas tecnologias um poderoso aliado para a sua divulgação.

O sentimento de anonimato confere ao autor da conduta uma falsa sensação de segurança, como se não fosse alcançado exatamente por interagir no ambiente virtual, sensação de impunidade que estimula a produção de comportamentos típicos e antijurídicos. É certo que os comportamentos racistas precedem a tecnologia, no entanto sua manifestação ganhou um poderoso aliado, fato corroborado pelos dados registrados pela Safernet Brasil (2018)⁷, que somente no ano de 2017 recebeu 7.015

7 Eis os dados que constam nos indicadores da Safernet Brasil (2018): “Em 12 anos, a SaferNet Brasil, Polícia Federal, Secretaria de Direitos Humanos, Central de Denúncias recebeu e processou 567.497 denúncias anônimas de Racismo envolvendo 96.179 páginas (URLs) distintas (das quais 32.095 foram removidas) escritas em 7 idiomas e hospedadas em 11.306 hosts diferentes, conectados à Internet através de 11.416 números IPs distintos, atribuídos para 62 países em 5 continentes. As

denúncias da prática de racismo na Internet, destes 39% registrados no Facebook (SAFERNET BRASIL, 2018). Há, portanto, convergência de informações prestadas pelas crianças e adolescentes que participaram da pesquisa realizada pelo CETIC (2018) e as denúncias ofertadas.

A lista de situações de risco identificadas pelos participantes da pesquisa CETIC (2018) é bastante extensa: exposição a conteúdos que versam sobre formas de ficar muito magro, contato com conteúdos que estimulam auto-dano, formas de cometer suicídio e materiais sobre contato/consumo de drogas. Em todos esses casos a vulnerabilidade das meninas é mais acentuada se comparada à exposição dos internautas do sexo masculino, registrando em média o dobro de incidências em todos os casos.

A exposição aos conteúdos prejudiciais e ilícitos tem sido negligenciada no país, que não dispõe de estratégias suficientes para proteger crianças e adolescentes que interagem no ambiente virtual. A opção brasileira foi por tutelar a liberdade de expressão dos usuários, princípio norteador da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que instituiu o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), princípio ao qual se agrega a neutralidade da rede, ou seja, que não haverá seleção ou discriminação de pacotes de conteúdos. Conforme Tomasevicius Filho (2016, p. 275-276) a neutralidade se constitui em aspecto importante do Marco Civil da Internet, pois

Por meio desta, impõe-se o tratamento isonômico aos dados transmitidos, sem distinção de conteúdo, origem e destino, serviço, terminal e aplicação. A ideia é que se possa acessar indistintamente uma página de internet, enviar um e-mail ou assistir a um filme ou conversar por videoconferência, sem prejuízo da velocidade de transmissão dos dados. Todavia, estabeleceram-se critérios para a discriminação dos dados, a começar pela atribuição de competência à Presidência da República na sua fixação, quando requisitos técnicos assim o

denúncias foram registradas pela população através dos 7 hotlines brasileiros que integram a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos”.

exigirem ou a priorização de serviços de emergência. Ademais, a discriminação dos dados deve abster-se de causar danos às pessoas, assim como deve ser feita com proporcionalidade, transparência e isonomia, informando-se previamente, com transparência e clareza os critérios de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive quando relacionadas à segurança da rede. [...].

Portanto, todos os conteúdos que não sejam ilícitos estarão disponíveis, ampliando-se exponencialmente o acesso dos usuários. O entendimento majoritário quando das discussões envolvendo a elaboração do Marco Civil da Internet foi de que a responsabilidade por orientar e supervisionar o uso da internet por crianças e adolescentes compete aos pais, que no exercício parental poderiam utilizar desde o aconselhamento até filtros para bloqueio de determinados conteúdos. Qualquer medida adotada pelo Estado ou imposta às empresas para esse controle foi entendida como ingerência indevida, pois o bloqueio de determinados conteúdos poderia violar a liberdade de informação e comunicação dos adultos.

Com efeito, o tema da infância não mereceu atenção dos elaboradores da Lei nº 12.965, de 2014, tanto que não há dispositivos específicos a tutelar esses sujeitos de direito. Há uma tímida menção indireta, expressa no art. 21, segundo o qual o provedor de hospedagem poderá ser responsabilizado civilmente de maneira subsidiária, caso notificado pelo titular do direito ou seu representante legal (do menor de idade, no caso) não torne indisponível o conteúdo que configure imagens de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

Esta lacuna revela o descaso que usualmente é destinado à infância, como se os demais atores, como as empresas, a sociedade e o próprio Estado não fossem obrigados a promover sua proteção integral. É como se o legislador brasileiro ignorasse o comando constitucional do art. 227 que obriga todos os atores a conferir tratamento diferenciado aos infantes e adolescentes, o que se

justifica em face de seu estágio de desenvolvimento incompleto. Nessa condição, ainda não dispõem de senso crítico suficiente para selecionar os conteúdos e muitos tampouco têm condições de identificar se aquela interação é adequada ou não, imaturidade que impede de mensurar o grau de risco a que se expõem.

Ademais, muitos desses riscos são invisíveis até mesmo para os pais. Quanto ao papel desempenhado pelos genitores, a pesquisa CETIC (2018) evidenciou que 70% dos pais ou responsáveis supõe que seus filhos usam a internet em segurança, sendo que 84% disseram ensinar os filhos como se comportar ao utilizar esta tecnologia. Ocorre que há muitas situações de vulnerabilidade que se apresentam pela simples navegação e que são ignoradas por muitos pais, como a grande disponibilização de dados pessoais que é feita por crianças e adolescentes usuários das tecnologias, conforme se verá na sequência.

3 Entre um click e outro: as pegadas digitais e a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes.

O uso de tecnologias permite o recolhimento e tratamento de dados pessoais para os mais diversos fins, procedimento muitas vezes ignorado pelo titular do direito. Essas potencialidades revelam a importância de se discutir a proteção de dados pessoais, conceito que abrange um conjunto de informações sobre determinada pessoa, algumas sem maior importância enquanto outras têm claro potencial para gerar a discriminação do titular. O reconhecimento da importância do tema orientou a classificação dos dados, conforme evidencia Delpuch (2004, p. 292) ao distinguir entre dados pessoais públicos e dados pessoais íntimos, que por seu turno se dividem em dados não sensíveis e dados sensíveis. Quanto aos últimos, compreendem informações que revelam a existência de doenças, orientação sexual, convicções religiosas, políticas ou morais, origem racial ou étnica, nacionalidade, deficiência, condição econômico-social, filiação

sindical e partidária, dentre outras informações que tenham potencial para gerar exclusão ou discriminação dos seus titulares.

Esta distinção é empregada nas legislações de muitos países, tendo como grande exemplo a construção normativa do bloco europeu, que desde a década de oitenta do Século XX demonstra preocupação com o tema. O avanço tecnológico, no entanto, permite que pela reunião de inúmeras informações e dados aparentemente irrelevantes se chegue a informações sensíveis, o que sugere a superação dessa classificação, como sustentado por Horácio M. Lynch e Mauricio Devoto (*apud* DELPECH, 2003, p. 138) que desde 1996 publicaram trabalho científico no qual defendiam a ideia da perda de importância da classificação, “[...] desde que la sumatoria de datos no sensibles podía revelar, mediante los recursos utilizados, datos sensibles, inclinaciones o tendencias”.

Não há como refutar a tese dos autores, especialmente em face dos sofisticados e invisíveis métodos e estratégias para o recolhimento, tratamento e transmissão de informações a terceiros, o que impede que o titular de direitos saiba exatamente como, quem e quando usará seus dados.

Esse recolhimento de dados pessoais e posterior utilização com a finalidade de segmentação comportamental assume maior interesse quando se trata de dados de nativos digitais, pois ainda que tenham nascido e crescido sob o impacto dessas tecnologias, inegavelmente são mais vulneráveis, quadro que justifica as medidas normativas recentemente adotadas pela Lei nº 13.709/2018 no sentido de proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes.

Inobstante sua edição tardia, especialmente se comparado aos países vizinhos, como Argentina e Uruguai, que há anos já dispõem de legislação específica (SILVA, 2012, p. 575-599), ao que se somam algumas incompletudes, tal como o fato de ter sido vetada a criação de uma autoridade reguladora, é inegável sua importância, inclusive na seara da infância, contemplada

especificamente em seu artigo 14. De maneira inédita, esta legislação tutelou especificamente dados pessoais de crianças e adolescentes utilizadores de tecnologias, fato que merece destaque pelo caráter inovador.

Pela análise do referido artigo percebe-se o esforço do legislador pátrio em aproximar os termos da nova legislação com o princípio do melhor interesse da criança, expressamente previsto no art. 14, o que permite o diálogo de fontes entre os microssistemas de regulação da internet e aqueles que se destinam à proteção de crianças e adolescentes. A menção a tal princípio também estabelece conexão entre a legislação nacional e a internacional, posto que o melhor interesse também norteia a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Em harmonia com esta ideia é que o parágrafo primeiro do artigo em análise exige o consentimento específico de pelo menos um dos pais ou responsáveis para que ocorra o tratamento de dados desses internautas. Esta exigência se coaduna com o sistema civilista brasileiro, que considera crianças e adolescentes incapazes e nessa condição exige a representação ou assistência dos genitores ou tutor para a validade dos atos jurídicos.

Essa vedação legal para a prática pessoal de atos jurídicos, no entanto, não inibia as práticas de grandes empresas que atuam no segmento, que sabidamente permitiam que menores de 18 anos tivessem contas pessoais em sites de redes sociais, hospedassem conteúdos em sites de aplicação e promovessem exposições públicas de sua imagem. O que se espera é que a partir da vigência da novel legislação, cujo período de *vacatio legis* é de dezoito meses, as empresas que atuam no setor revejam seus códigos de postura e exijam o consentimento dos responsáveis legais para o recolhimento de dados, em efetivo cumprimento da lei.

Além da promoção da transparência, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 impõe que o controlador realize “esforços razoáveis” para aferir se o consentimento para o uso dos dados partiu realmente dos pais ou responsáveis. Tal comando legal se

mostra de difícil efetividade por algumas razões, tais como a indefinição do efetivo alcance da expressão “esforços razoáveis”, bem como a ausência de fiscalização sobre os atos do controlador, já que a competência para tal ação caberia à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, cuja criação foi por ora vetada pelo Presidente da República (arts. 55 e seguintes).

Ademais, como saber se quem confere o consentimento é realmente um dos genitores? Todos esses questionamentos sugerem que tal dispositivo merece observação mais atenta, especialmente enquanto não for criada a autoridade nacional de controle de dados pessoais.

A Lei de proteção dispensa a exigência do consentimento ao permitir que o tratamento de dados pessoais de crianças possa ocorrer uma única vez (e como controlar o número de vezes?) em casos excepcionais, desde que não ocorra o seu armazenamento. Tal medida extrema se justifica para possibilitar que as empresas façam contato os genitores ou responsáveis pela criança em caso de riscos.

A exposição e participação em jogos virtuais, atividade bastante usual entre crianças e adolescentes, também mereceu atenção do legislador, que destinou ao tema o art. 14, § 4º. Nos casos de jogos, o recolhimento de informações deve observar estritamente o princípio da finalidade, expresso no Art. 6º da Lei nº 13.709/2018. Segundo este princípio deve haver a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”.

Entende-se que a necessidade de autorização, no caso dos jogos, é medida necessária e que precisa ter sua fiscalização implementada pois esta atividade, ainda que pareça lúdica e inofensiva, oferece potencial para gerar severos problemas. Conforme vários estudos já realizados, os jogos virtuais promovem

a profunda imersão do jogador por misturar jogo e realidade virtual, dissipando as barreiras de tempo/espaço, realidade/ficção.

A partir da ludicidade da atividade e sem perceber, o jogador é estimulado a repetir determinados comportamentos, bem como vai deixando uma série de informações sobre si, desde a maneira como reage a determinados impulsos até eventual tendência a ser violento. Sobre este ponto, Singer e Singer (2007, p. 128-129) vão além e mencionam pesquisas segundo as quais os jogos eletrônicos/virtuais incitam os jogadores a reproduzirem os comportamentos violentos dos personagens, levando-as a serem mais agressivas e menos cooperativas.

Portanto, levando em consideração todos esses argumentos pode-se afirmar que a necessidade de consentimento parental se mostra essencial à proteção dos internautas dessa faixa-etária, pois o universo tecnológico acaba exercendo poder sobre os gostos, preferências, modo de agir e reagir de crianças e adolescentes, o que precisa ser acompanhado de perto pelos responsáveis.

Considerações finais: para que as desventuras de Ana Luz não se repitam

O mote deste ensaio foram as desventuras virtuais da pequena Ana Luz, criança que desde a mais tenra idade fazia uso das tecnologias da informação e comunicação, atividade em parte proporcionada pela família, que lhe oferecia *tablets* e outros dispositivos móveis. Incentivada ao uso e privada do adequado acompanhamento parental seus dados pessoais foram capturados e esteve na iminência de tornar-se vítima de redes de pornografia infantil.

Trata-se de narrativa ficcional, mas bem poderia ter sido realidade! Basta chegar em locais públicos, como restaurantes ou supermercados para encontrar inúmeras criancinhas com seus aparatos tecnológicos. Enquanto seus dedos ágeis percorrem sites, navegando de um vídeo a um jogo, seus dados pessoais são

capturados sem que o pequeno internauta tenha qualquer consciência da atuação do mercado.

Quando a utilização da tecnologia começa tão cedo, a tendência é que os usuários não só ampliem o tempo de permanência de suas conexões, como também deixem mais pegadas digitais a cada interação. O problema é que esses internautas não dispõem de discernimento completo para perceber os riscos, e nessa condição tanto geram sua própria exposição, como se colocam voluntariamente em contato com conteúdos prejudiciais ao seu pleno desenvolvimento, como mensagens de caráter racista, conteúdos que incentivam auto-dano e até mesmo instigam ao suicídio.

A exposição a tais conteúdos pode incentivar a replicação de comportamentos de alto risco, fato ignorado pelos genitores. A captura dos dados pessoais de seus filhos e filhas também não tem merecido a devida atenção e muitos desconhecem completamente o que ocorre, pois além da escassa transparência por parte das empresas, as estratégias usadas são tão sofisticadas e dificultam (ou até mesmo impedem) que adultos percebam o grau de exposição de sua prole.

A hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes internautas suscita importante debate, especialmente porque a família, a sociedade e o Estado compartilham da responsabilidade em prover sua proteção integral, colocando-os a salvo de todo e qualquer tratamento vexatório, constrangedor ou invasivo de seus direitos de personalidade. E ainda que a tarefa de aconselhamento e orientação recaia sobre a família, não há como isentar os demais atores, pois as empresas que atuam no ambiente virtual também têm responsabilidade social e para cumpri-la devem tratar os dados pessoais dos internautas com transparência, em atenção aos princípios da finalidade, destinação e boa-fé objetiva.

A promoção da proteção integral impõe deveres também ao Estado, dentre eles o de disciplinar as atividades empresariais para regular a captação e tratamento dos dados pessoais, passo

recentemente dado pelo Brasil com a edição da Lei nº 13.709 de 2018. Se por um lado o legislador andou bem ao destinar um artigo específico para regradar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, com exigência de consentimento parental; por outro a efetividade da lei fica bastante fragilizada ante a ausência de uma autoridade nacional de proteção de dados, cuja criação foi objeto de veto presidencial.

Ainda com essas deficiências, o balanço a que se chega é positivo, não só pelo fato de a legislação ser precursora em mencionar especificamente as crianças e adolescentes internautas, tirando-os da invisibilidade, mas principalmente por impor padrões de conduta para as empresas quando os usuários são menores de idade, algo inexistente até a edição da Lei de Proteção de Dados Pessoais. Ao assim dispor o Estado sinaliza que está cômico do compromisso assumido, tanto na seara internacional quanto em âmbito interno, no sentido de promover a proteção integral de crianças e adolescentes.

Trata-se de um tímido começo, que precisa ser complementado pela criação de mecanismos que permitam fiscalizar a atuação das empresas, forçando-as ao adequado tratamento dos dados pessoais dos infantes e adolescentes. Sem a implementação dessas medidas histórias como a de Ana Luz sairão da ficção para a vida real, num triste episódio de desrespeito aos direitos fundamentais de milhões de crianças e adolescentes internautas.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 05.dez. 2018.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set 2018.

CETIC. **Portal de dados.** Disponível em: http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_KIDS&idUnidadeAnalise=Crianças&ano=2017. Acesso em: 15 nov. 2018.

CONVENÇÃO sobre os direitos da criança. ONU, 1989. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DELPECH, Horácio Fernandez. **Internet: su problemática jurídica.** 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

_____. Los datos sensibles en la ley de protección de datos personales. In: PALAZZI, Pablo A. (Dir.). **Derechos y nuevas tecnologías.** Año 3 – Número Especial 4/5. Derechos Personalísimos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003

SAFERNET BRASIL. **Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos.** Pornografia Infantil. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. **Indicadores racismo.** Disponível em: < <http://indicadores.safernet.org.br>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

SINGER, Dorothy G.; SINGER, Jerome L. **Imaginação e jogos na era eletrônica.** Traduzido por Gisele Klein. Porto Alegre: Armed, 2007.

SILVA, Rosane Leal da. Das redes ao processo: perspectiva normativa e jurisprudencial da violência sexual contra crianças e adolescentes na internet. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direito da criança e do adolescente: novo curso, novos temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 493-534.

_____. La protección de la infancia en las redes. In: MOUDELLE, Claudia Patricia Sanabria; BALLESTÉ, Isaac Ravetllat. (Org.). **Lecciones para la defensa legal de los Derechos Humanos de la infancia y la adolescencia**. 1ed.Asunción: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, v. , p. 225-249.

_____. As tecnologias da informação e comunicação e a proteção de dados pessoais.. In: SIMÃO FILHO, Adalberto et al... (Org.). **Direito da sociedade da informação**.. 1ed.São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, v. 1, p. 575-599.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estud. av.**, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, abr. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 dez. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100017>.

A luta por direitos infantoadolescentes no Brasil: doutrina da proteção integral e o direito fundamental à assistência social

Danielle Maria Espezim dos Santos¹

1 Introdução

O presente estudo pretende explicitar o fenômeno da luta por direitos fundamentais imediatamente prévia à entrada em vigor da Doutrina da Proteção Integral infantoadolescente no Brasil e o processo de densificação normativa de direitos, ocorrido no período imediatamente posterior - por meio do direito fundamental infantoadolescente à Assistência Social -, com o intuito de explicitar a potencialidade crítico-humanista da Doutrina da Proteção Integral prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e na Lei 8.069 de 13

1 Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2017), sob orientação da Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2001). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994). Formadora/educadora independente, desde 2003, em Direitos e Garantias Fundamentais, atuando principalmente nos seguintes temas: direito da criança e do adolescente, direitos fundamentais, Conselhos Tutelares e de Direitos, adolescente em conflito com a Lei e Proteção Integral de crianças e adolescentes. Professora pesquisadora e extensionista da Universidade do Sul de Santa Catarina. Professora visitante da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC). Coordenadora do Núcleo de Formação Comunitária em Direitos da Criança e do Adolescente (Núcleo DCA/UNISUL). Integrante do Grupo de Pesquisa Reconstrução do Direito (REDIR/UNISUL).

julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (Estatuto/1990).

Potencialidade crítico-humanista da Doutrina da Proteção Integral, nesse estudo, se insere no campo da busca de dignidade concreta de crianças, adolescentes e suas famílias no Brasil do presente período histórico - do final do século XX aos dois primeiros decênios do século XXI, aproximadamente.

Explica-se densidade normativa da seguinte forma: quanto mais clareza em relação a conteúdo, obrigações, obrigados e garantias houver na positivação de cada direito fundamental, mais denso e mais aplicável ele será, do ângulo técnico-jurídico, e mais alta densidade normativa pode-se reconhecer nele, na linha adotada por Sarlet (2009, p. 252).

A Doutrina da Proteção Integral, que entrou em vigor no período 1988/1990 no Brasil, possui antecedentes internos e externos ao país - históricos, políticos e jurídicos - fartamente analisados em obras científicas da lavra de especialistas dos campos da História, da Ciência Política e do Direito.² Nesse estudo, parte-se da compreensão de que a Proteção Integral se trata de uma Doutrina Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente ligada ao reconhecimento da condição de sujeitos de direitos para crianças e adolescentes e, nesse passo, sustenta a elaboração de um Sistema de Garantias de Direitos para essa população. Esse Sistema De Garantias decorrente foi traçado, inicialmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente e se densifica normativamente sempre que os direitos fundamentais relacionados são fortalecidos.

A questão-problema que se propõe é a seguinte: quais elementos políticos, jurídicos e sociais se entrelaçam no processo de reconhecimento da Doutrina da Proteção Integral

² Nessa linha, sugere-se o resgate dos estudos e referências colhidas na obra jurídico-científica inaugural do Direito da Criança e do Adolescente de Josiane Rose Petry Veronese: **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. E em outras produções posteriores da mesma pesquisadora, que privilegiam sempre interdisciplinaridade e rigor na coleta e análise das fontes.

infantoadolescente no Brasil, e na densificação normativa imediatamente posterior, no que concerne à luta pela proteção a essa população por via da assistência social?

Pretende-se identificar a relação entre a densificação normativa da Doutrina da Proteção Integral e seu Sistema de Garantias de Direitos e práticas sociais e/ou institucionais que condicionam a luta por direitos sociais, mais especificamente à Assistência Social. Para tanto, será traçada uma análise do processo de reconhecimento da doutrina jurídica em vigor para identificar e expor práticas políticas e sociais ligadas à luta por direitos a ela referentes. A seguir, buscando um objeto mais circunscrito, recorta-se na análise do direito fundamental social à Assistência Social infantoadolescente. A escolha desse direito não é aleatório: o processo de reconhecimento e densificação normativa da assistência social chama a atenção pela potência protetiva, no que se refere a crianças e adolescentes, como se verá.

O recorte em direito social fundamental infantoadolescente tem em vista a sua estrutura prestacional, porque demandante de políticas públicas de Estado, e não de Governo, que reconheçam e assumam a prioridade absoluta definida constitucional e estatutariamente (CRFB/1988, art. 227, *caput*; Estatuto/1990, art. 4º, *caput*) como um vetor de legitimação do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro. Mais especificamente, o direito fundamental social à assistência social, seus elementos estruturais - como princípios, diretrizes, serviços e equipamentos - e seu processo de reconhecimento se apresentam como aptos a responder à questão-problema desse estudo.

Ocorre que algumas variáveis - como quais forças sociais e políticas atuam nesses processos, quais suas motivações e objetivos, qual a potencialidade humanista concreta para a população infantoadolescente brasileira - podem determinar maior ou menor proteção da dignidade desses sujeitos; podem até ocultar práticas institucionais pretensamente protetivas, embora controladoras e anti-humanistas.

O trabalho utiliza método de abordagem indutivo, tendo em vista a análise do objeto de estudo diretamente, e desta análise inferindo conclusões universalizáveis dentro dos parâmetros delimitados já no início da introdução; utiliza-se técnica de pesquisa bibliográfica: por meio de fontes de natureza técnico-jurídica, ainda que aberta à interdisciplinaridade, para explicitar a dogmática protetiva infantoadolescente e de artigos científicos para compreender os processos de luta por reconhecimento e densificação normativa na área de pesquisa; e documental, via artigos de jornais, resoluções de Conselhos das áreas afins e legislação, propriamente dita, para levantar dados sobre os mesmos processos referidos. A matriz teórica crítico-humanista é originada em um mesmo marco teórico - Herrera Flores (2009), como se lerá.

Justifica-se o objeto de estudo pela proeminência da área jurídica em epígrafe, que vincula instituições públicas ligadas às três funções estatais - executiva, legislativa e judiciária - e mobiliza a sociedade brasileira em torno de temas por vezes deslocados ou isolados - como a questão da maioria penal ou da adoção - de fenômenos subjacentes, cujo enfrentamento com racionalidade e ética tenderia a ser mais eficaz para o presente e o futuro dessa mesma sociedade.

2 Lutas por direitos de crianças e adolescentes: a doutrina da proteção integral e sua potencialidade crítico-humanista

O caminho da crítica humanista passa pela constante memória e atualização da experiência da luta pelo reconhecimento de direitos e sua concretização. Para Herrera Flores (2009, pp. 18-19), é evidente que ocorre afastamento dos movimentos sociais quando os direitos são sistematizados e alvo de especialização por parte dos juristas, tendo em vista seu descolamento da noção concreta emancipadora da dignidade. O fato é que a entrada em vigor da Doutrina da Proteção Integral não ocorreu sem lutas e

embates e cumpre que se tenha isso sempre em mente na atividade interpretativa e aplicadora.

Relataram os primeiros comentadores da nova “doutrina” da Proteção Integral, à época, assim como do “novo Direito da Criança e do Adolescente”, que a lei nº. 8.069/90 “[...] é o fruto do esforço conjunto de milhares de pessoas e comunidades empenhadas na defesa e promoção das crianças e adolescentes do Brasil” e que a sociedade brasileira, acostumada a se omitir diante das injustiças relativas à infância e à adolescência, deveria sofrer uma alteração no sentido da obediência aos preceitos da justiça, da solidariedade e do amor (ALMEIDA, 2013, p. 19).

No contexto de 1988-1990, “[...] a nova lei rompeu de modo visceral com os métodos e processos de elaboração legislativa que vigoram há séculos em nosso país. Não é nenhum exagero dizer que, literalmente, trata-se de uma lei pensada por milhares de cabeças e escrita por milhares de mãos (COSTA, 1992, p. 19).

É necessário ter sempre em vista o fato do Estatuto ter sido considerado a “Constituição de crianças e adolescentes no Brasil” a partir do momento em que dezenas de movimentos e entidades formaram o Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes (Fórum DCA). Nomeia-se especialmente, com Costa (1992, p. 19): Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por sua vez, o setor estatal abriu-se à luta pelos direitos de crianças e adolescentes, tanto em sede parlamentar, quanto em sede de gestão: de um lado “[...] uma frente parlamentar [...] que possibilitou [...] uma dimensão consensual, situando-a acima das

divergências ideológicas e partidárias [...]”; de outro lado, “[...] o FONACRIAD (Fórum Nacional de Dirigentes Estaduais de Políticas Públicas para a Criança e o Adolescente). Esta articulação [...] desempenhou um papel na mobilização dos governos das unidades federadas e das bancadas dos Estados nas duas casas do Congresso Nacional” (COSTA, 1992, p. 20).

Tendo em vista as representações acerca de crianças e adolescentes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 (ANC) destaca-se o fato de que, secundarizada nos conteúdos programáticos dos partidos, à exceção do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e do Partido Democrático Trabalhista (PDT), a temática dos direitos infantoadolescentes dependeu da atuação de seus defensores. Ressalta que:

[...] a questão da criança e do adolescente foi objeto de um movimento social que conseguiu penetrar na tessitura constituinte e fazer-se presente como participante da sociedade civil. Lembro que a emenda popular (EP) *Criança e Constituinte* – que reivindicava direitos básicos para a criança e o adolescente – foi a recordista absoluta em números de assinaturas. [...] a participação da população em geral, através de entidades representativas, atribui-lhe destaque no processo constituinte. (PINHEIRO, 2004, p. 347) [Grifos no original.]

Houve, porém, propaganda forte contrária ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode ter sido um óbice à influência da Proteção Integral no que se refere à sociedade brasileira, em geral. Um movimento contrário foi a usurpação, pelo governante nacional do período, do caráter descentralizado e participativo do Estatuto e sua Proteção Integral por intermédio de práticas “pirotécnicas”, como a criação de um Ministério mirim e o lançamento de programas governamentais possuidores de padrão contrário ao estatutista:

O Estatuto, apelidado de ECA, foi assinado por Fernando Collor de Mello, primeiro presidente brasileiro eleito pelo voto direto,

após a ruptura com a Ditadura Militar e a emergência de um processo de transição política para a democratização do país. Este Presidente disparou um conjunto de práticas referentes aos direitos de crianças e jovens tentando apagar ou deixar opaca a participação dos movimentos sociais na construção do ECA. (LEMOS, 2009, s/p)

A análise de Lemos (2009) chama atenção para o prisma da apropriação do processo político-participativo anterior por um governante “salvador da pátria”:

Collor de Mello (1990) se apresenta como o líder que irá libertar os "menores carentes", convidando a nação a compartilhar com ele desta "missão", que ele designa como nobre. Neste ato, há uma evidente despolitização e apagamento das ações de grupos de reivindicação e de movimentos sociais que lutaram para a inserção de crianças e adolescentes em um quadro jurídico de cidadãos e de sujeitos de direitos [...]. (LEMOS, 2009, s/p)

Na linha do que estuda Lemos (2009, s/p), a aprovação do Estatuto: “[...] não pode ser compreendida como o resultado da ilustração política doadora de direitos, [...] uma cultura política autoritária constrói-se em um amálgama entre ordem e revolução, inovação e tradição [...]”. Assim, é necessário primar pela historicização do Estatuto, “[...] de suas rupturas frente aos códigos de menores [...]”, estudá-lo genealogicamente “[...] a partir dos modos de organização social, política, cultural, econômica e de subjetivação que este agencia e produz como efeitos”.

Também é relevante lembrar que não se faz a retomada da movimentação social nas bases da entrada em vigor do Estatuto e sua Proteção Integral sem lembrar do viés autoritário da sociedade brasileira e da reação que tem apresentado, em alguns momentos de sua história, às dificuldades oriundas da (re)acomodação de fatores econômicos, sociais/classistas e, de modo geral, das demandas inclusivas de grupos historicamente "invisibilizados" ou "coisificados".

Nessa linha, tanto a CRFB/1988, quanto o Estatuto, no recorte específico infantoadolescente, geraram reações de parte da sociedade brasileira, no sentido de “excesso de direitos”, querendo referir a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais. É fato que em um país com breves períodos de “normalidade” democrática intercalados por extensos períodos de governos ditatoriais com forte apoio das forças armadas — período getulista do Estado Novo (1937) e período militar (1964) — se tenha dificuldades na atuação de instituições democráticas amplamente legitimadas a ponto de se visualizar ampliação simultânea de liberdades e igualdade concreta com fluidez e paz social.

Trata-se de assunto que necessita de contextualização que leve em conta as especificidades do Brasil, país de localização periférica no Sistema-Mundo. Essa caracterização pode e deve ser alvo de discussão, tendo em vista a histórica funcionalidade do país ao sistema econômico mundial e a classificação da economia brasileira pelos organismos internacionais — Fundo Monetário Internacional, principalmente — transitar entre as nove primeiras entre os anos de 2014 e 2016 (FOLHA, 2015, s/p; EXAME, 2016, s/p). Porém, a classificação entre países de centro e países periféricos aqui utilizada, circunscreve-se no campo do poder de decisão dos países nas questões macro econômicas e sua consequente maior ou menor autonomia interna, além de outras implicações dessa condição, como a desigualdade estrutural e a pobreza extrema.³ Elucida Grosfoguel, essa condição, sob um prisma político-econômico global:

[...] são periféricos porque são ainda subordinados às economias centrais no sistema capitalista internacional. O mecanismo social para essa subordinação é o sistema interno de dominação ou as

3 Essa análise foi aprofundada na tese da autora, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado de Santa Catarina - PPGD/UFSC - em 12 de junho de 2017, intitulada **Proteção Integral e Proteção Social de crianças e adolescentes: Brasil, políticas públicas e as cortes superiores**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/183414/350032.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09dez2018.

relações internas das forças que produziram dependência ao invés de autonomia no sistema político.⁴ (GROSGOUEL, 2000, p. 364) [Tradução livre]

Quanto à questão dos povos periféricos e uma proveitosa e amadurecida relação com a democracia e a liberdade perpassada pela igualdade concreta, colhe-se:

A grande aspiração desses povos na contemporaneidade gravita ao redor da concretização dos direitos fundamentais das quatro dimensões ou gerações já conhecidas e consagradas – a saber: direitos individuais, direitos sociais, direitos dos povos, direitos universais. Compõem o credo da liberdade e o mandamento de consciência que percorrem o campo da política e do constitucionalismo na América Latina. (BONAVIDES, 2012, p. 608)

Enfim, situar o processo de luta por direitos em função também da cultura periférica geral do país auxilia na clareza do contexto e no cuidado em relação à interpretação e aplicação das normas para além da abstração de uma cultura humanista pouco eficiente, mas mais que isso, ocultadora das realidades do sujeito criança/adolescente. Nessa perspectiva, a Doutrina da Proteção Integral se presta à superação da cultura anti-humanista em sociedades historicamente autoritárias e segregadoras, como a brasileira.

Como aspecto alentador, tem-se a Resolução do CONANDA nº 161, de 4 de dezembro de 2013, voltada para a atração de uma verdadeira política de direitos humanos para crianças e adolescentes brasileiros na seara das políticas públicas no território nacional. Nos termos do art. 1º da Resolução nº 161/2013:

Art. 1º - Estabelecer parâmetros para discussão, formulação e deliberação dos planos decenais dos direitos humanos de crianças

4 “[...] are peripheral because they are still subordinated to the central economies in the international capitalist system. The social mechanism for this subordination is the internal system of domination or the internal relations of forces that produced dependency rather than autonomy in the political system. ”

e adolescentes de âmbito estadual, distrital e municipal, em conformidade com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e com os eixos e objetivos estratégicos do **Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes**. [Sem grifos no original.] (BRASIL, 2013, s/p)

A elaboração e aprovação dos termos é um dado interessante, na linha do processo participativo adotado após a entrada em vigor do Estatuto. Tendo em vista a necessidade de se diagnosticar e deliberar sobre a aplicação do Estatuto, se organizou Conferências de Direitos da Criança e do Adolescente com a adoção da seguinte metodologia: ocorrem de dois em dois anos, são eventos voltados para se “conferir” a execução de direitos infantoadolescentes, possuem níveis municipal, regional, estadual e nacional e se desenvolvem a partir do diagnóstico das realidades de cada região, com participação da sociedade civil e do governo, no âmbito mais amplo possível, com a votação de indicativos e de delegados para seguirem aos debates e votação de nível federativo ou de abrangência superior (do municipal para o regional e assim por diante).

O processo das Conferências de Direitos da Criança e do Adolescentes é uma manifestação do princípio da participação popular, inclusive com a ocorrência da participação dos adolescentes – crianças participam em baixo número – e resultam em documentos nacionais a serem utilizados pelos governos – em todos os níveis – no enfrentamento do desafio de ampliar a Proteção Integral e pelos Conselhos de Direitos – em todos os níveis – como parâmetros mais claros e democráticos no ato de controlar e deliberar sobre as ações em todos os níveis (cf. Estatuto, art. 88, II).

Ocorre que a formulação de um Plano Decenal de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes 2011–2020 para o Brasil resultou da 8ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – no dia 10 de dezembro de 2009 – a partir dos

indicativos aprovados — por intermédio das discussões e assembleias municipais, regionais, estaduais e nacional — por 1800 delegados de todo o país em Brasília. Nos termos de um trecho do discurso de encerramento:

A 8ª conferência não termina aqui. Teremos um trabalho no próximo semestre de sistematização destas diretrizes formando então o documento que deverá ser a **política nacional com o Plano Decenal**, afirmou a presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), Carmen Oliveira, também subsecretária nacional para Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. A partir das propostas aprovadas, o grupo de trabalho, que envolve nove ministérios e consultores do CONANDA, finalizará o documento. Haverá ainda um encontro com os conselhos estaduais e municipais e uma consulta pública para agregar sugestões ao plano decenal para a política pública para infância e adolescência. O objetivo é, em julho de 2010, entregar o documento para o presidente Luiz Inácio Lula da Silva e também aos candidatos e candidatas à Presidência da República para que assinem um termo de compromisso. Queremos consolidar os avanços e uma política de Estado que possa garantir e promover os direitos de crianças e adolescente no país, salientou a presidente do CONANDA. (NOTÍCIAS, 2009, s/p) [Sem grifos no original.]

Dessa deliberação e sistematização foi estabelecido o Plano Decenal em nível nacional para orientação dos Estados, Distrito Federal e Municípios. São cinco eixos de planejamento: eixo 1 – promoção dos direitos de crianças e adolescentes; eixo 2 – proteção e defesa dos direitos; eixo 3 – protagonismo e participação de crianças e adolescentes; eixo 4 – controle social da efetivação dos direitos; eixo 5 – gestão da política nacional dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

A esses eixos correspondem treze diretrizes com um número de Objetivos Estratégicos próprios e afins. À título de ilustração, o primeiro eixo é o da Promoção dos Direitos de Crianças e Adolescentes ao qual se relacionam duas diretrizes: diretriz 01 –

Promoção da cultura do respeito e da garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes no âmbito da família, da sociedade e do Estado, consideradas as condições de pessoas com deficiência e as diversidades de gênero, orientação sexual, cultural, étnico-racial, religiosa, geracional, territorial, de nacionalidade e de opção política; diretriz 02 – Universalização do acesso a políticas públicas de qualidade que garantam os direitos humanos de crianças, adolescentes e suas famílias e contemplem a superação das desigualdades, afirmação da diversidade com promoção da equidade e inclusão social. À primeira diretriz correspondem seis Objetivos Estratégicos e à segunda, quinze. Dessa forma se distribuem, ao todo, treze diretrizes por cinco eixos, com um número total de 55 objetivos estratégicos (CONANDA, 2010, s/p).

Assim, a Resolução 161/2013 do CONANDA se ocupou, em sete artigos, de atrelar os termos do Plano Decenal, acima explicitado, às elaborações em todas as unidades da federação, por intermédio do protagonismo dos Conselhos de Direitos, cuja presença da sociedade civil é obrigatória e em paridade com os governos respectivos, como já se explicitou.

A partir, então, do delineamento da Proteção Integral como doutrina jurídica e com sua potencialidade teórico-crítico-humanista por intermédio da retomada constante da dignidade concreta e da abertura para os saberes dos movimentos sociais mais afinados com os sujeitos criança-adolescente, parte-se para descrever e analisar o processo de densificação normativa do direito fundamental social à assistência social de crianças e adolescentes no período que se seguiu à entrada em vigor da CRFB/1988 e Estatuto, como bem da vida dessa população e suas famílias, estratégico em termos de proteção social de crianças e adolescentes na contemporaneidade brasileira.

3 O direito fundamental infantoadolescente à assistência social

Merece especial destaque, o reconhecimento, pelo constituinte originário, do *status* de direito fundamental à assistência social, mesmo que em terminologia superada, já no art. 6º da CRFB/1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

No mesmo texto constitucional, nos artigos 203 e 204, se vê, os artigos 203 e 204, se vê reforçada a densidade do direito, com a definição dos sujeitos da assistência social e as diretrizes (princípios constitucionais específicos). Por via desses preceitos constitucionais, o direito à assistência social está voltado a quem dele necessitar, independente de contribuição à seguridade, objetivando: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei .

A Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – foi criada e detalhada substancialmente na virada do século XX para o XXI, justamente no sentido de ampliar a densidade do direito social à assistência social no país.

O aprofundamento do direito à assistência social está delineado, principalmente na alteração substancial ocorrida na LOAS, com a criação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS. Esse sistema de princípios, atores, serviços e benefícios foi

debatido e decidido no *locus* da interação entre governo e sociedade civil em todo o período que sucedeu a entrada em vigor da CRFB/1988 e a LOAS/1993, no âmbito participativo das conferências municipais, regionais e estaduais de assistência social e definitivamente detalhado e aprovado no âmbito federal, via resolução 145, de 15 de outubro de 2004, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS – que aprovou Plano Nacional de Assistência Social. Em que pese as relações políticas que sempre precisam de mais aprofundamento – a exemplo da participação de gestão governamental federal por intermédio do Ministério do Desenvolvimento Social e sua Secretaria Nacional de Assistência Social (MDS/SNAS) –, copia-se aqui registro do texto anexo à Resolução 145/2004, a fim de ilustrar o aspecto socioparticipativo:

Política Nacional de Assistência Social – PNAS, demonstra a intenção de **construir coletivamente o redesenho desta política, na perspectiva de implementação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS**. Esta iniciativa, decididamente, traduz o cumprimento das deliberações da IV Conferência Nacional de Assistência Social, realizada em Brasília, em dezembro de 2003, e denota o compromisso do MDS/SNAS e do CNAS em materializar as diretrizes da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. (BRASIL, 2004, s/p) [Sem grifos no original.]

Em 2009, no âmbito do CNAS, via Resolução 109, de 11 de novembro de 2009, houve a regulamentação de serviços socioassistenciais com especificidades, como: organização de níveis de complexidade básica, média e alta para os serviços (art. 1º, Resolução 109/2009), detalhamento das aquisições esperadas para cada espécie de usuário, provisões para o funcionamento, objetivos, etc.

Em vista da Resolução 109/2009, a densidade do direito fundamental em estudo tomou proporções consideráveis, chegando a gerar um entrecruzamento entre as políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes previstas original e mais especialmente no Estatuto e os serviços naquela detalhados.

Exemplifica-se com a previsão de criação de programas de atendimento de acolhimento institucional (art. 90, IV, Estatuto) que, em sede de Resolução 109/2009, é detalhado como Serviço da Proteção Social Especial – Alta Complexidade, com as indicações de espaço físico, objetivos geral e específicos para a população infantoadolescente (que não é a única a ser recebida, em tese, pela rede de proteção social especial de alta complexidade), formas de acolhida específica para essa população e de articulação com a rede de serviços públicos em geral, caminhos para obtenção dos resultados protetivos efetivos (BRASIL, 2009, p. 30-44).

Em 2011, na Lei 12.435, o SUAS foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, no nível federal, colocando a assistência social em um rol de direitos fundamentais sociais que podem ser considerados bastante densos e de aplicabilidade indubitável, ao menos em princípio, para fins de exigibilidade.

Em linhas gerais, a Lei 12.435/2011 amplia e especifica os objetivos da lei, como se vê:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I – a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II – a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III – a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

E absorve-se o SUAS como política de organização dos serviços e ações concernentes à concretização do direito à assistência social, a quem dela necessitar:

Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos:

I - consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva;

II - integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, na forma do art. 6º-C;

III - estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social;

IV - definir os níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais;

V - implementar a gestão do trabalho e a educação permanente na assistência social;

VI - estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios; e

VII - afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos.

§ 1º As ações ofertadas no âmbito do Suas têm por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e, como base de organização, o território.

§ 2º O Suas é integrado pelos entes federativos, pelos respectivos conselhos de assistência social e pelas entidades e organizações de assistência social abrangidas por esta Lei.

§ 3º A instância coordenadora da Política Nacional de Assistência Social é o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Tem-se, ainda, como elemento relevante para a análise da densidade do direito em tela, a inclusão, via Lei 12.435/2011, na LOAS da previsão de criação de Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), como espaços públicos para oferta de serviços públicos de proteção social encontra-se no art. 6º C, em seus três primeiros parágrafos, nos seguintes termos:

Art. 6º C [...]

§ 1º O Cras é a unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinada à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território de abrangência e à prestação de serviços, programas e projetos socioassistenciais de proteção social básica às famílias.

§ 2º O Creas é a unidade pública de abrangência e gestão municipal, estadual ou regional, destinada à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial.

§ 3º Os Cras e os Creas são unidades públicas estatais instituídas no âmbito do Suas, que possuem interface com as demais políticas públicas e articulam, coordenam e ofertam os serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social.

Elementos presentes nos dispositivos legais acima, como **matricialidade sociofamiliar, territorialidade, espaços públicos de articulação de serviços públicos** (CRAS e CREAS), **serviços socioassistenciais**, entre outros, podem ser deduzidos das alterações perpetradas na LOAS na entrada do século XXI. Essas alterações, possuem dupla face: tanto se pode alcançar práticas de empoderamento das famílias e suas crianças e adolescentes, quanto se pode concorrer para controle dos sujeitos pelos agentes públicos, ao fim e ao cabo, concretizando e mantendo a antiga Doutrina da Situação Irregular, só que de forma local e mais vascularizada.

A vigilância sobre essa potencialidade autoritária da prática da assistência social, como em qualquer área dos direitos e das políticas públicas concretizadoras de direitos, deve ser o mote. De toda a forma, tenha-se em mente que há fartas conclusões sobre a necessidade do enfrentamento da forma de apreensão da assistência social no Brasil, como se vê:

O debate sobre as políticas sociais brasileiras demonstra que historicamente estas políticas se caracterizaram por sua pouca efetividade social e por sua subordinação a interesses econômicos. Seu escopo foi desenhado em uma perspectiva residual, sem o comprometimento em enfrentar a desigualdade social que caracteriza a sociedade brasileira. A Assistência Social representa nessa análise uma área de grande tensão, uma vez que o padrão arcaico que se referencia em matrizes apoiadas pelo favor, clientelismo, mandonismo, desprofissionalização é elemento enraizado na cultura dessa política. (DEGENSZAJN e COUTO, 2012, p.)

Como se percebe, tanto se pode obter avanço em termos de Proteção Integral e por via de empoderamento no campo da concretização do direito à assistência social a quem dela necessite, quanto se pode permanecer em processos de "menorização" (manutenção do menorismo), no padrão autoritário do controle social. O que sempre dependerá da capacidade de controle do Estado pela Sociedade e, por sua vez, de uma Sociedade que se instrumentalize para tanto. Dependerá, também do nível de submissão do poder político pelo econômico. O controle social e a qualidade desse controle são vias fundamentais para a efetivação da potencialidade dignificante da Doutrina da Proteção Integral por via da concretização do direito à assistência social infantoadolescente.

Conclusão

Em sede de conclusão, retoma-se a questão-problema que pautou esse trabalho: quais elementos políticos, jurídicos e sociais se entrelaçam no processo de reconhecimento da Doutrina da Proteção Integral infantoadolescente no Brasil, e na densificação normativa imediatamente posterior, no que concerne à luta pela proteção a essa população por via da assistência social?

No que concerne à retomada constante das lutas por reconhecimento de direitos para crianças e adolescentes, constatou-se a atuação da sociedade civil no período inicial de luta pelo reconhecimento da Doutrina da Proteção Integral, seja por meio de associações de defesa de direitos - como a ABRAPIA e o FONACRIAD -, seja por meio de autarquias, como a OAB, ou mesmo no acolhimento das demandas protetivas por determinados partidos políticos e pela sociedade organizada em torno da Emenda Popular *Criança e Constituinte* no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88.

Porém nesse período, forças contrárias da mesma Sociedade se posicionaram contrariamente às decisões protetivas e humanistas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Forças essas bem representadas pelo governante do país no período da entrada em vigor, Fernando Collor de Mello, como visto.

Sempre é bom ressaltar a estrutura autoritária da sociedade brasileira que recorrentemente se volta contra a Proteção Integral da infantoadolescência, por julgar o Estatuto da Criança e do Adolescente excessivamente reconhecedor de direitos. Majoritariamente não se conhece o teor da lei, mas se rechaça mesmo assim.

No decorrer da implantação da Doutrina da Proteção Integral, como se viu, segue-se identificando a luta por direitos por meio de Conferências de Direitos e pela atuação do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA),

assim como na linha do direito fundamental à assistência social, por meio de progressiva densificação normativa resultante da atuação do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Esses conselhos atuaram via resoluções, deliberando sobre o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes - a ser elaborado nos níveis, municipal, distrital, estadual e nacional - e sobre o Sistema Único de Assistência Social, acolhido posteriormente em sede de lei federal (LOAS).

Assim, é possível reconhecer que há formas de se colocar em prática a participação social e política como ferramenta crítico-humanista apta a aproximar a atuação estatal da dignidade concreta de crianças, adolescentes e suas famílias. Não necessariamente sempre em níveis altamente satisfatórios de participação popular, mas sempre buscando identificar e potencializar sua ocorrência nos mais variados níveis e nas mais variadas nuances.

Para a consolidação da Doutrina da Proteção Integral com potencialidade crítico-humanista, cumpre aos juristas — intérpretes por excelência das normas estatutárias de quem muito ainda se espera — abrir espaço para o fator "movimentos sociais" na medida em que se mantenha abertos canais de comunicação com a sociedade civil, considerada como o *locus* daqueles grupos de pessoas envolvidas na relação direta com a luta por direitos, seja porque atendem crianças e adolescentes e seus direitos, seja porque defendem direitos em Fóruns de Direitos dessa população. De qualquer forma, atores com afinidade, proximidade e mais capacidade de reproduzir contextos reais a serem levados em conta na busca da dignidade concreta.

A dignidade de crianças e adolescentes depende da capacidade que se tenha de articular a atualidade do país em que se situam, no caso o Brasil, e as condicionantes sempre recorrentes em termos de obstrução da concretização do acesso aos seus bens da vida. Vida tênue, vida em construção, em processo de afirmação. Não vida pronta, útil, consumível, aproveitável para uso dos mais variados tipos.

Nessa linha, a luta pela dignidade infantoadolescente evidencia a necessidade de se reforçar a potencialidade da Doutrina da Proteção Integral por meio do direito fundamental social à assistência social e em duas frentes: pelo viés igualitário – entre todas as crianças e adolescentes; e pelo viés peculiar de pessoas em desenvolvimento – dada a condição de desenvolvimento em que todos esses sujeitos, independentemente de classificação social ou econômica, estão inseridos.

Releva-se, nesse contexto, que uma abordagem crítica dos direitos humanos cujo objetivo seja a dignidade concreta, não deve separar os tipos de direitos – liberdades e direitos sociais – com o fito de colocá-los em situação de concorrência, mas de concebê-los de forma complementar, pois não se pode – na vida concreta – viver livremente, sem patamares mínimos de vida material. Nem com acesso a bens sociais sem exercício das liberdades. Essa resistência à separação ou dicotomização entre liberdades e direitos sociais opera no sentido de colocar a equalização de oportunidades em seu lugar: não se trata de suprimir diferenças ou restringir liberdades.

Ter em vista, por exemplo, que o direito à assistência social deve ser apropriado por crianças, adolescentes e comunidades no intuito de empoderamento (acesso a direitos fundamentais, bens da vida) e jamais ser manuseado autoritariamente por agentes públicos é fugir da dicotomia, é compreender que essa dicotomia é artificial. Se há Estado, há erário e há política. Se há erário e há política, ambos devem ser de todos. E finalmente, se há crianças e adolescentes, esses devem ser prioridade.

Referências

ALMEIDA, Luciano Mendes de. **Art. 1º**. In: CURY, Munir. (Coord.). AMARAL e SILVA, Antônio *et al*(Org). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atualiz. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. 2004. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Social. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101000>. Acesso em 09dez2018.

BRASIL. 2009. **Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009**. Conselho Nacional de Assistência Social. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Reimpressão 2014. Disponível em http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/tipificacao.pdf. Acesso em 09dez2018.

BRASIL. 2013. Conselho Nacional dos Direitos da Criança. **Resolução 161 de 4 de dezembro de 2013**. Disponível em <http://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/161-resolucao-161-de-04-de-dezembro-de-2013/view>. Acesso em 09dez2018.

CONANDA. **Plano decenal de direitos humanos de crianças e adolescentes: 2011/2020**. 2010. Disponível em <http://matriz.sipia.gov.br/images/acervo/Plano%20Decenal%20do%20Direitos%20Humanos%20de%20Crianças%20e%20Adolescentes.pdf>. Acesso em 12mai2016.

COSTA, Antônio C. Gomes da. **Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva. Estatuto da Criança e do Adolescente: lei 8.069/90: 'estudos sócio-jurídicos'. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 17-34.

DEGENSZAJN, Raquel Raichelis; COUTO, Berenice Rojas; e YAZBEK, Maria Carmelita. **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil**: apresentando a pesquisa, problematizando a política social. Revista de Políticas Públicas. São Luis - Maranhão. Número Especial, p 453 - 460. Outubro de 2012. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/3211/321131651049.pdf>. acesso em 09dez2018.

EXAME. [revista especializada]. 04-03-2016. **Brasil cai para a posição de 9ª economia do mundo**: O tamanho do PIB do Brasil caiu 24,6% na comparação com 2014 quando convertido para a moeda norte-americana. Disponível em <http://exame.abril.com.br/economia/pib-em->

dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo/. Acesso em 09dez2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. [agência]. 24-06-2015. **Brasil fica até 2050 parado como 7º maior economia do mundo**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1647128-brasil-fica-ate-2050-parado-como-7-maior-economia-do-mundo-diz-estudo.shtml>. Acesso em 09dez2018.

GROSGOUEL, Ramon. *Developmentalism, Modernity and Dependency Theory in Latin America*. In: Neplanta: views from South, vol. 1, Ed. 2, pp. 347-374 (artigo), 2000. Publicado por Editora Universidade Duke (EUA).

HERRERA FLORES, Joaquin. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LEMOS, Flávia Cristina Silveira. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em discursos autoritários**. Fractal: Revista de Psicologia. (On-line ISSN 1984-0292), vol.21 n° 1, Rio de Janeiro, jan./abr, 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922009000100011. Acesso em 09dez2018.

NOTÍCIAS. CONANDA. 8ª Conferência dos Direitos da Criança e do Adolescente. 2009. **Diretrizes para Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescente**. Discurso de encerramento. Disponível em http://www.sdh.gov.br/sdh/importacao/noticias/ultimas_noticias/2009/12/MySQLNoticia.2009-12-11.0944. Acesso em 15set2015.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. **A criança e o adolescente, representações sociais e o processo constituinte**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 9, n. 3, p. 343-355, set./dez. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pe/v9n3/v9n3ao2.pdf>. Acesso em 09dez2018.

**A proteção dos direitos fundamentais
dos adolescentes atletas no futebol:
a busca pela harmonização do direito à convivência
familiar com o direito à profissionalização**

Eduardo da Silva Fagundes¹

Introdução

“No fundo desse país/ Ao longo das avenidas/ Nos campos de terra e grama/ Brasil só é futebol/ Nesses noventa minutos/ De emoção e alegria/ Esqueço a casa e o trabalho/A vida fica lá fora” (NASCIMENTO, 1970). O samba *O Brasil é o país do Futebol* escrito por Milton Nascimento, na década de 70, retrata a relevância desse esporte no contexto social brasileiro. A paixão ao longo das avenidas acaba por inspirar diversos meninos, os quais buscam na prática esportiva a ascensão social e oportunidade profissional.

Todavia, o sonho da profissionalização esportiva está cercado por inúmeros desafios e potenciais situações ensejadoras de violações de direito. No Brasil, não há normas específicas de proteção dos adolescentes atletas, o que acaba por facilitar a ocorrência de abusos e transgressões das garantias esculpidas no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

¹ Bacharel Laureado em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Assessor Jurídico da Promotoria de Justiça de Rosário do Sul, Rio Grande do Sul. Pós-graduando em direito processual penal e direito processual civil. E-mail: efgundes626@gmail.com. Trabalho orientado pela Profa. Dra. Rosane Leal da Silva.

A pertinência temática do trabalho se deve à necessidade de disseminar as regras que devam ser cumpridas por clubes de futebol e empresários, bem como para atentar famílias, atletas e sociedade de que os direitos dos adolescentes devam ser respeitados. No mesmo norte, a matéria tratada se coaduna com a linha de pesquisa do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano denominada Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização, pois o trabalho irá tratar do aparente conflito do direito à convivência familiar com o direito à profissionalização, sendo necessário recorrer aos aspectos da teoria jurídica, notadamente sobre a colisão de princípios fundamentais, para solucionar os impasses e buscar a resposta constitucionalmente mais adequada.

Além do mais, a escrita teve por objetivo primordial analisar se estão sendo garantidos os direitos fundamentais dos adolescentes alojados em clubes de futebol, contrastando o direito à convivência familiar e comunitária com o direito à profissionalização. Para atingir tal propósito, investigou-se a jurisprudência nacional, bem como se pesquisou sobre a realidade dos alojamentos de futebol, observando o cumprimento das normativas nacionais e internacionais de proteção aos adolescentes.

Não há dúvidas de que a profissionalização desportiva pode trazer inúmeros benefícios para o desenvolvimento e educação do cidadão, concedendo a oportunidade de ter uma profissão e transformar a sua qualidade de vida. Por outro lado, observa-se que o direito à convivência familiar é um direito consagrado no ECA, estabelecendo que crianças e adolescentes deverão ser criados no seio da sua família natural, a fim de propiciar o pleno desenvolvimento físico e mental, o que acaba por não acontecer em situações como essa. Dentro desse contexto, indaga-se sobre a possibilidade de compatibilizar o direito à convivência familiar com o direito à profissionalização dos adolescentes atletas que residem em alojamentos desportivos.

Com o intuito de responder a problemática supracitada, o trabalho foi produzido a partir do método de abordagem dialético, uma vez que foram expostos argumentos ressaltando a importância da profissionalização no meio desportivo e, por outro lado, discorreu-se sobre a relevância da convivência familiar. Assim, com base na contraposição de ideias e visões distintas do mesmo contexto fático, buscou-se elaborar uma síntese do processo argumentativo que consiga compatibilizar ambos direitos. Aliado ao método de abordagem dialético, o estudo aplicou o método de procedimento monográfico, pois realizou um estudo de caso nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) da 1ª, 2ª 3ª e 4ª região pesquisando jurisprudências em que clubes de futebol foram condenados pela exploração de trabalho de menores de 14 (quatorze) anos de idade e por não garantirem o direito à convivência familiar.

O trabalho, a fim de cumprir com o método dialético, está estruturado em tese, antítese e síntese. Assim, no primeiro capítulo é discutido o direito à profissionalização dos adolescentes, evidenciando a importância do esporte no desenvolvimento do cidadão. No segundo capítulo, discorre-se sobre a necessidade da convivência familiar para um ideal amadurecimento dos jovens, comprovando os perigos desse distanciamento. Na última etapa, foi realizada uma síntese dos dois capítulos, buscando compatibilizar os direitos e encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para o caso em apreço.

1 O direito à profissionalização desportiva e os benefícios do esporte para o desenvolvimento dos adolescentes.

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) consagrou um catálogo de direitos, entre eles o direito ao lazer, ao esporte e à profissionalização. Embora exista grande dificuldade de plena implementação desses direitos, a legislação brasileira deu passos enormes ao assegurar uma gama de garantias para cidadãos em

desenvolvimento peculiar, consagrando a implementação da doutrina da proteção integral e rompendo, definitivamente, com a doutrina da situação irregular².

No presente tópico, será exposto o direito à profissionalização, ao esporte e o respeito à autonomia da vontade do adolescente. Tais direitos, em seu conjunto, podem ser sintetizados como direito ao desenvolvimento da personalidade. Para Sarlet (2007, p. 100) o direito ao desenvolvimento da personalidade decorre da dignidade da pessoa humana, como afirmação positiva desta, pois toda Constituição que invoca o postulado básico à dignidade humana garante o desenvolvimento da personalidade, sendo este direito expressão direta daquele.

Salienta-se, desde já, que a Constituição Federal (CF) (artigo 227) e o ECA (artigos 4º e 61 a 69) estabelecem a profissionalização como garantia, desde que respeitada a condição peculiar de desenvolvimento e a capacitação profissional ser adequada ao mercado de trabalho. O direito à profissionalização tem a intenção de preparar o adolescente para a escolha de uma futura profissão, ambientando-o a um conjunto de atividades profissionais que respeitem sua condição peculiar de desenvolvimento (CURY, 2008, p. 234).

No caso em particular, sobre os adolescentes atletas, percebe-se que há um enorme vácuo legislativo, pois tanto o ECA quanto a Lei Pelé, documento responsável por normatizar o desporto brasileiro, não apresentam elementos suficientes para assegurar o pleno desenvolvimento e segurança na prática desportiva por adolescentes. Contudo, apesar da insuficiência

² Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, inaugura-se no Brasil a doutrina da proteção integral, a qual prevê que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, mercedores de proteção do Estado, da família e da sociedade. A doutrina da situação irregular pressupõe que as crianças são meros instrumentos dos pais e que só mereciam atenção do Estado quando estavam em situação de miserabilidade ou em conflito com a lei, não assegurando que os menores de idades eram sujeitos de direito. Os princípios estruturantes e a concepção de linguagem sofrem uma grande metamorfose nessa transição da situação irregular para a proteção integral (CUSTÓDIO, 2008).

legislativa, há cada vez mais casos de jovens buscando seu direito à profissionalização esportiva e utilizando o esporte como meio de transformação social.

Nesse contexto, é inegável que o esporte contribui para socialização e desenvolvimento adequado dos adolescentes, sendo um dos instrumentos de concretização da doutrina da proteção integral. Cedeca (2014, p. 3) garante que o esporte contribui para melhorar a qualidade de vida e oferece condições essenciais para o ideal desenvolvimento dos adolescentes, podendo, inclusive, contribuir para mudanças de comportamentos sociais e como instrumento de formação integral do indivíduo. No mesmo sentido, Barbosa (2014, p. 17-18) afirma que o esporte atua como um instrumento do crescimento dos cidadãos, influencia no respeito à dignidade humana e na formação da cidadania, como também age como meio para construir uma consciência pacifista.

A indústria cinematográfica traz exemplos em que o esporte atua na formação do indivíduo e é o combustível para a ascensão social. O filme *Um Sonho Possível* conta a história de um adolescente negro que viveu grande parte da sua vida em entidades de acolhimento. Pelo seu talento esportivo foi aceito em um colegial, inserido em uma família socioafetiva e convidado a jogar no nível universitário, sendo procurado por um grande número de faculdades (UM SONHO..., 2009). A história contada pela arte cinematográfica retrata a vivência de inúmeros adolescentes, os quais acreditam no esporte como oportunidade profissional.

O desporto tem um enorme papel social. Nos adolescentes atletas alojados essa função social é bem visível, uma vez que essa atividade é preponderante no seu curto tempo de vida³ e o

³ O tempo corre de forma diferente em cada etapa da vida, sendo que para adolescentes alojados o tempo de convivência naquele lugar é de porcentagem ímpar para o que até então viveu. O tempo da infância tem uma dimensão completamente diversa da dimensão do tempo da vida adulta. Um ano para uma pessoa de cinquenta anos equivale a dois por cento de toda a sua existência. Quanto mais velhos, as horas passam mais rápidas e os dias passam mais ligeiros. Para uma criança de quatro anos, um ano tarda muito a passar. Para ela, um ano equivale a vinte e cinco por cento de toda a sua

aprendizado está intimamente conectado com os valores aprendidos no esporte. Kawauachi (2014) fala que a idade em que os atletas em formação entram nos alojamentos, geralmente entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos, é a fase de transição da infância para a puberdade em que os pais começam não ter tanta influência na decisão dos filhos, pois o grupo do futebol tem preponderância devido à convivência diária. Assim, os profissionais e amigos do desporto exerceriam influência definitiva na formação pessoal e no caráter do adolescente.

Além dos benefícios sociais e físicos, é importante mencionar que o esporte é concebido como um direito social, sendo assegurado na Constituição Federal (artigo 217) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 4º, 16 e 53). Sendo assim, a doutrina esclarece o porquê de o desporto ter sido alçado à seara constitucional e ser considerado uma espécie de direito social. Neste sentido, Moraes (2013, p. 2930) refere que:

O direito constitucional às práticas desportivas conjuga-se com o direito à vida, à saúde, ao lazer, em busca da efetivação do bem de todos, objetivo fundamental da República (CF, art.3º, IV), devendo, portanto, ser interpretado de forma razoável e educativa, proibindo-se o incentivo a pseudoesportes de efeitos perniciosos e atentatórios a DH. Essa conexão de direitos sociais e culturais é ressaltada por Canotilho e Vital Moreira, ao afirmarem que “o direito à cultura física e ao desporto articula-se com outros direitos como, por exemplo, o direito à proteção da saúde, os direitos da juventude, o direito à educação e o direito ao ensino. A imbricação destes direitos com o direito ao desporto, aponta para a ideia de desenvolvimento integral das pessoas.

A ideia de desenvolvimento integral das pessoas articulada pelo escritor se coaduna com a doutrina da proteção integral instituída pela CF, sendo a garantia à prática do esporte um dos

existência. É razoável afirmar que uma criança de quatro anos tem uma percepção de tempo de um ano equivalente a dez anos para um adulto de trinta. Isso porque o tempo não é uma coisa objetiva que todo mundo sente igual (SARAIVA, 2017).

desdobramentos dessa teoria. Corrobora com esse entendimento, alguns documentos internacionais que asseguram o esporte como direito. A Carta Internacional da Educação Física e do Desporto da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) afirma que a prática esportiva é um direito fundamental de todos os seres humanos (CARTA..., 1978). Portanto, não há dúvida da proteção jurídica conferida a essa prática, atribuindo responsabilidade ao Estado para a sua plena efetivação.

A positivação do esporte no cenário internacional e nacional como um direito tem origens históricas profundas. Huizinga (2000, p. 7), na obra filosófica *Homo Ludens*, fala que o jogo é encontrado na cultura, como um elemento dado existente antes da própria cultura, acompanhando e marcando as origens mais remotas da civilização. O autor acredita que todas as instituições da civilização, como direito, arte, ciência, tem raízes no solo do jogo. Assim, atribui ao jogo/esporte um caráter indissociável da natureza humana, sendo, portanto, um direito natural da sociedade.

Por ser algo intrínseco à humanidade, revela-se necessário averiguar a intersecção desse direito com demais direitos inatos ao ser humano, notadamente, nesse caso, com o direito da personalidade. O estudo de Cedeca (2014, p. 25) conta que os jogadores das divisões de base afirmam que investem no esporte por desejo próprio, desconsiderando a influência dos pais. A escolha dos adolescentes pela profissionalização esportiva está umbilicalmente ligada à questão cultural e social do país, pois eles enxergam no futebol, o qual é um meio de expressão cultural popular do Brasil, a possibilidade de uma ascensão social rápida e a probabilidade de adquirem *status* e fama, o que acaba por atrair a atenção de um grande número de adolescentes (SOUZA et al, 2008).

É importante asseverar que o desejo de os adolescentes buscarem essa profissionalização deverá ser respeitado,

notadamente pela existência da autonomia da vontade. Essa garantia deverá ser assegurada dentro dos ditames legais e constitucionais estabelecidos, não podendo ser permitida qualquer violação ou exposição às situações de risco e perigosas para o desenvolvimento dos menores de idade. Sobre o tema, Alfaiate (2008, p. 21) concluiu pela necessidade de se observar a autonomia da vontade na tomada de decisões envolvendo adolescentes, especialmente por ser um desdobramento do direito à personalidade e, portanto, plenamente aplicável aos jovens acima de 12 anos.

No mesmo norte, Teixeira et. al (2008, p. 348) entendem que o critério da capacidade deverá ser situacional e não meramente cronológico, analisando se o indivíduo tem capacidade para a tarefa no caso concreto. Alfaiate (2008, p. 16) compreende que o reconhecimento da capacidade de consentir e decidir aos menores de idade respeita os poderes-deveres do Estado e da família de aferir o nível e tipo de cuidado que é preciso prestar às crianças.

Pela ideia apresentada, concebe-se que aceitar a manifestação de vontade do adolescente é uma forma de cumprir com as normas do direito da criança e do adolescente. A busca dos adolescentes atletas pela profissionalização esportiva também é um direito da personalidade e deverá sempre ser respeitado, salvo quando tal atividade prejudicar evidentemente sua saúde física, psicológica e moral.

Inclusive, menciona-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente positivou aspectos da autonomia da vontade para os menores de idade. Nos artigos 28, §2º, e 45, §2º, prevê mecanismos de participação e consentimento dos adolescentes nos processos de colocação em família substituta, como também o artigo 100, inciso XII estabelece a oitiva e participação obrigatória do adolescente como princípio das medidas de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada. No mesmo âmbito, a legislação portuguesa também adotou a autonomia da vontade do

adolescente ao prever no artigo 38 do Código Penal⁴ que acima dos dezesseis anos é possível ele consentir com o tratamento médico prescrito, desde que possua discernimento necessário para avaliar a situação. Portanto, percebe-se que algumas normas já trazem explicitamente a ideia da autonomia, sendo a sua garantia uma importante ferramenta para concretização do melhor interesse da criança e adolescente.

Todavia, apesar da autonomia da vontade ser aspecto relevante para o adolescente, imperioso lembrar que a Constituição Federal impõe limitações às atividades desenvolvidas por menores de idade, especialmente a profissionalização. A existência da proibição da profissionalização antes dos quatorze anos não impede, obviamente, a prática do desporto por adolescentes. Portanto, um ponto de grande relevância é distinguir as modalidades de esporte de educação, de participação, de rendimento e de formação.

A Lei Pelé dispõe que o desporto educacional é o praticado nos sistemas de ensino com a finalidade de alcançar o desenvolvimento e a prática do lazer; e que o desporto de participação é aquele que contribui para integração dos praticantes, na promoção da saúde e educação. Por outro lado, segundo a lei, o desporto de rendimento visa à obtenção de resultados e rege-se pelas práticas desportivas oficiais; enquanto o desporto de formação é caracterizado pelo fomento e aquisição de habilidades esportivas com o objetivo de aperfeiçoamento qualitativo (BRASIL, 1998).

É evidente que a discussão do trabalho cinge-se à realização do desporto de rendimento e de formação⁵, vez que a realização do

⁴ Artigo 38. 1- Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 3- O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta (PORTUGAL, 1995).

⁵ A categoria desporto de formação foi incluída apenas no ano de 2015, pela Lei 13.155/2015 que trata sobre a responsabilidade fiscal no esporte. Nota-se, neste caso, uma forte influência política da

Para verificar a autenticidade, acesse o site do MPE/TO e use a chave: e7b847f0 - 8ae01d4c - 318f37d7 - c755fd6f

desporto de educação e participação não apresentam qualquer empecilho jurídico-constitucional. A proibição da Carta Magna diz respeito à realização de trabalho (art. 7º, XXXIII)⁶, o que apenas pode ser discutido em ambientes que prezam pela hipercompetividade e seletividade. A dúvida jurídica sobre a realização de trabalho ou não para adolescentes atletas até quatorze anos é relevante, sendo que, apesar de não ser o enfoque principal dessa escrita, inevitavelmente, o tema será discutido.

Em relação à profissionalização, imperioso demonstrar alguns regulamentos e entendimentos doutrinários que defendem ser possível a profissionalização desportiva antes dos 14 (quatorze) anos. Côrrea, Oliva e Arruda (2015) percebem que excepcionalmente, e com garantias de proteção integral e observância da prioridade absoluta, é possível a autorização individual de trabalho inferior à idade mínima, para casos de artistas infantis e adolescentes desportistas, em razão do que prevê o artigo 8º, *caput*, da Convenção 138 da OIT⁷. Corroborando com a afirmação, a entidade máxima do futebol internacional estabelece que a formação e a educação de um jogador ocorre entre os 12 e os 23 anos de idade, possibilitando a profissionalização, então, abaixo da determinação constitucional brasileira (FIFA, 2003).

Embora existam os pensamentos supracitados, é importante mencionar que a Constituição Federal (artigo 7º, XXXIII), o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 60 a 69) e diversas convenções internacionais (Convenção 138 da OIT e Recomendação 146 da OIT) não admitem a profissionalização antes

“bancada futebolística”, geralmente ligada a grandes clubes do país, buscando reverter o quadro jurisprudencial predominante no Brasil e trazer regulamentação específica sobre a matéria.

⁶ XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

⁷ Art.8º. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

da referida idade. Conforme Azevedo (2011, p. 26) os fundamentos para a existência dessa proteção ao trabalho para o menor de idade estão relacionados com a necessidade de o Estado resguardar a integridade física e psíquica do ser humano que está em fase de desenvolvimento, tendo em vista a positivação da doutrina da proteção integral. Ainda, Azevedo (2011) entende que a legislação protege o adolescente da profissionalização inadequada, assegurando o estudo e desenvolvimento saudável, uma vez que os adolescentes não possuem estrutura óssea completamente formada e qualquer desobediência pode trazer consequências à formação física e psicológica.

Por outro lado, merece destaque o início precoce e adequado na atividade desportiva. De acordo com Knijnik, Massa e Ferreti (2008, p. 14) a faixa etária situada entre 12 e 14 anos seria a mais indicada para que a criança começasse a participar do treinamento em uma modalidade específica. Do mesmo modo, uma formação esportiva iniciada nos primeiros níveis da escola, tendo como objetivo primordial o desenvolvimento equilibrado e harmonioso da criança, o respeito à individualidade biológica e o conhecimento da especificidade da modalidade esportiva, seriam elementos fundamentais para a qualidade das forças de apoio, as quais são imprescindíveis para o desenvolvimento ideal dos jovens (MASSA, 2006, p. 90).

A legalidade/constitucionalidade da contratação de adolescentes por clubes de futebol abaixo dos quatorze anos, mantendo-os em alojamentos, é algo bem controvertido na doutrina. Cedeca (2014), Azevedo (2011), Thomazelli (2013), entre outros escritores acreditam que a ação é ilegal, que os adolescentes exercem uma relação de emprego e que há uma clara violação aos preceitos protecionistas da CF e do ECA. Por outro lado, Miguel (2014, p. 14) entende que se o trabalho representa uma oportunidade formalizada através de um contrato chancelado pela autoridade judiciária competente, fica afastada a violação ao

preceito constitucional. No mesmo sentido, Ambiel (2013, p. 15) estabelece que:

[...] nada impede o adolescente de praticar esporte, desde que seja feito em condições que respeitem as disposições de proteção integral da criança e do adolescente e não constitua uma efetiva modalidade de trabalho, materializada pela ausência do direito do atleta adolescente poder decidir livremente sobre a prática ou não das atividades programadas pelo clube. Da mesma forma, nada impede que determinado adolescente participe de competições ou que seja submetido a escalões seletivos, conforme critérios de desempenho, pois não é esse o requisito que define a existência de relação de trabalho. Na verdade, as expressões “seletividade” e “hipercompetitividade” foram utilizadas na legislação apenas para explicitar que esses elementos devem ser evitados no desporto educacional, afinal, na escola todos devem praticar atividades esportivas, independentemente da aptidão ou do resultado. Todavia, não se pode utilizar a competição e a seletividade como critérios para negar a existência do desporto educacional e automaticamente transformar a atividade esportiva do adolescente em relação de trabalho.

Corroborando com o impasse doutrinário, Sampaio (2011, p. 102) entende que os adolescentes atletas e atores mirins realizam atividade em sentido estrito⁸ e não propriamente trabalho, pois não visam ao sustento próprio ou família, mas sim formar, incentivar e aprimorar as habilidades necessárias para seu desenvolvimento, sendo que o desenvolvimento de atividade em sentido estrito no ramo artístico e desportivo por crianças e adolescentes não encontra entrave legal.

Por sua vez, Marques et al (2014, p. 7) afirma que existe relação empregatícia entre o adolescente atleta e o clube, pois a

⁸ De acordo com Sampaio (2011), a atividade em sentido estrito caracteriza-se por ter como meta o desenvolvimento de quem exerce a atividade, enquanto a meta da relação de trabalho é a remuneração. Exemplos de atividades em sentido estrito são o estagiário e o trabalhador voluntário em que o aprendizado social tem preponderância sobre a remuneração recebida. Em relação ao futebol, nota que as partidas não são frequentes, podendo, assim, ser consideradas como atividade em sentido estrito, e não como trabalho propriamente dito.

partir do momento em que o clube contrata atletas para propagar sua marca em competições, “seja para manter seu status e atrair mais sócios, seja para usufruir do produto da bilheteria, propaganda ou direitos de reprodução dos espetáculos”, exsurge uma relação empregatícia. Marques et al (2014, p.9) dizem que embora os clubes defendam que a formação proporcionada não é profissional, é inegável a natureza híbrida da prática desportiva, pois envolve aspectos profissionais, como a rotina de treinos e comparecimento obrigatório nas competições, e aspectos não profissionais.

Mesmo que os argumentos contrários mereçam respeito, a conclusão é que na relação do adolescente atleta alojado exsurge uma relação de emprego com o clube de futebol, especialmente pelo cumprimento dos elementos essenciais do emprego⁹. A rigidez da rotina dos treinos, a submissão às regras de organização do clube e a formação visando ao lucro futuro são dados que evidenciam existir a relação empregatícia. Portanto, não há preponderância de atividades lúdicas ou educacionais na prática, mas sim uma rotina marcada por cumprimento de metas e vitórias para o sucesso profissional.

Como se percebe, não há configuração de atividade em sentido estrito, pois o objetivo profissional extrapola o objetivo de desenvolvimento das habilidades, tendo em vista que o fim precípua do clube de futebol não é contribuir com o desenvolvimento educacional e psicomotor do adolescente, mas sim angariar lucros com a sua profissionalização. Do mesmo modo, conclui-se que as autorizações judiciais de trabalho para menores de 14 anos ofendem à regra constitucional de proibição, isso porque não há como criar exceções onde a Carta Magna não criou. Por fim, destaca-se que Cedeca (2014, p. 61), em entrevista com jovens atletas, transcreveu depoimentos em que os jovens afirmam

⁹ A atividade é realizada por pessoa física, insubstituível, prestada de forma contínua e à disposição todos os dias da semana, bem como há elementos de contraprestação financeira para manutenção do adolescente e um dever de subordinação aos dirigentes e treinadores.

que a questão do profissionalismo é a mais importante, pois estão investindo neles para ganhar algum lucro lá na frente.

Diante do exposto, frisa-se que o esporte possui grande relevância social e atua como instrumento de concretização de direitos. Todavia, a formação esportiva não pode servir como lugar de violação de direito, sobrecarga física e propiciar o nascimento de patologias psicológicas. O direito à profissionalização deve ser assegurado a todo adolescente, mas desde que respeite suas condições peculiares de desenvolvimento e esteja em sincronia com as demais garantias do ECA, como vem fazendo, por exemplo, o São Paulo Futebol Clube (SPFC)¹⁰. O esporte deve ser meio de aprendizado e crescimento, mas não de violação. Assim, o caráter educacional, sem exceção, deve preponderar na formação desportiva até os quatorze anos¹¹, sob pena de clara infringência constitucional e estatutária a prejudicar, entre outros, o direito à convivência familiar e comunitária, conforme será visto na sequência.

2 A importância da convivência familiar e comunitária para o crescimento e educação do adolescente

A convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes é uma norma de status constitucional, porquanto a Carta Magna, nos artigos 226 e 227, assegura que a família é o eixo estruturante da sociedade e merece especial proteção do Estado, bem como estabelece que é dever da família, da sociedade e do

¹⁰ O SPFC não participa de nenhuma competição abaixo dos 15 anos, pois a criança tem que realizar a aprendizagem e o gosto pelo futebol. Também não há preparação física e musculação, prevalecendo o elemento lúdico. O clube, após verificar a qualidade do atleta, traz o adolescente e a família para 15 dias de testes, além de fazer uma palestra de orientação para os pais (AMBIEL, 2015). Ambiel (2015) defende que não deve existir privação do adolescente de estar em um local adequado para seu desenvolvimento, onde há equipe técnica especializada e alojamentos de qualidade.

¹¹ O projeto da nova lei do desporto brasileiro prevê que formação desportiva poderá ser iniciada a partir dos 12 anos de idade na categoria “Fundamentos”, a qual deverá promover atividades voltadas para o desenvolvimento de habilidades motoras e cinéticas, bem como, de convivência e disciplina, conforme previsão do artigo 25 desse projeto de lei.

Estado assegurar tal direito às crianças e adolescentes (BRASIL,1988). No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e Adolescente (artigos 4º e 19) garante como direito de os jovens serem criados e educados no seio familiar.

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, em seu preâmbulo, explica o porquê da positivação dessa espécie de direito humano. O documento legal assevera que a família é o grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, como também reconhece que para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança ela deve crescer no seio de uma família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão (ONU,1990).

No presente trabalho, sobre a proteção dos adolescentes atletas, surgem dúvidas sobre a efetivação desse direito. É notícia recorrente o ingresso de jovens em alojamentos desportivos em busca do sonho da profissionalização, o que o afasta, na maioria das vezes, do convívio íntimo. A impossibilidade da vivência familiar e comunitária pode trazer prejuízos ao desenvolvimento dos adolescentes devido à probabilidade de ocorrência de danos afetivos e psicológicos, além de contrariar, aparentemente, as regras legais e constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Pereira (2008, p. 234) relata que a positivação do direito fundamental à convivência familiar provém da necessidade de assegurar o desenvolvimento e bem-estar das crianças, pois é o lugar onde é criado um espaço de convívio marcado pelo afeto e amizade entre seus membros, possibilitando, assim, o ideal crescimento do adolescente. Também, Morhy (2006, p. 510) acredita que a família exerce o papel de instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana, servindo de espaço de desenvolvimento do cidadão, em função da realização das exigências humanas.

A doutrina jurídica estabelece que a convivência familiar é um direito fundamental das pessoas em desenvolvimento peculiar, devendo esse direito ser assegurado por toda a rede de proteção. A

justificativa para essa proteção jurídica deve-se à elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, já que a garantia do bem-estar de todos e desenvolvimento individual passou a ter status constitucional.

Sobre a importância da família no desenvolvimento pessoal, Silva, Rinhel e Constantino (2014, p. 287) afirmam que ela é vista como uma estrutura essencial à humanização e à socialização das crianças e adolescentes, e ainda, como norteadora do desenvolvimento da personalidade e de suas potencialidades. Os pais são considerados como agentes essenciais para a socialização e desenvolvimento dos filhos, favorecendo o diálogo e flexibilizando as relações de regras e limites na interação familiar.

Da análise dessas premissas, conclui-se que o ambiente familiar é o lugar adequado para o amadurecimento do adolescente. Contudo, no caso dos adolescentes em formação desportiva, tal amadurecimento e desenvolvimento pessoal acontece dentro de alojamentos, sem a presença de pais e responsáveis. A ausência de imposição de limites e a carência de cuidado afetivo podem constituir em elementos prejudiciais à educação de crianças e adolescentes. Hapner et al. (2008, p. 140) asseguram que a família representa o solo fértil para o cuidado dos interesses das crianças e meio adequado para o desenvolvimento dos valores morais, sendo o ambiente apropriado para a concretização do cuidado.

Portanto, se o cuidado não é exercido dentro do contexto familiar, pode existir prejuízo ao desenvolvimento moral e educacional do menor de idade. A lacuna de uma figura afetiva expõe os jovens a situações de risco e vulnerabilidade, pois a criança necessita da constituição de um vínculo afetivo estreito, diário e verdadeiro com um adulto (MACHADO, 2003, p. 162). Do mesmo modo, as interações familiares que apresentam figuras de autoridade são o melhor padrão para a adolescência, uma vez que os adolescentes são mais autoconfiantes, menos aptos a utilizar drogas e

possuem uma autoestima maior comparados aos adolescentes de famílias negligentes ou autoritárias (BEE, 1997, p. 378).

A escassez desse vínculo afetivo diário demonstra a gravidade do distanciamento familiar. Os casos de abuso sexual, rigidez emocional, amadurecimento precoce, envolvimento com drogas lícitas e ilícitas, bem como lesões físicas e psicológicas graves são alguns dos sintomas experimentados por adolescentes alojados em clubes de futebol (CEDECA, 2013).

Os efeitos da falta de estrutura familiar também são reconhecidos na literatura. Em *Capitães de Areia*, Pedro Bala, o chefe do bando, nunca conheceu a sua mãe, seu pai foi assassinado, ele passou a ser solitário e percorrer a cidade, passando a comandar um bando de crianças abandonadas que viviam do furto (AMADO, 1937, p. 26-27). A arte retrata a realidade, uma vez que adolescentes com desestrutura familiar e em vulnerabilidade social são captados pela criminalização e passam a viver à margem da sociedade.

A privação da convivência familiar para os adolescentes atletas é um tema debatido na doutrina. Barbosa (2014, p. 24) entende que há privação da convivência familiar no caso de alojamentos desportivos e exposição à situação de vulnerabilidade, especialmente para casos de abuso sexual, já que facilita o acesso de aliciadores de todo tipo por viverem longe da proteção de suas famílias, pois a morada do adolescente passa a ser as instalações criadas pelos clubes, longe de seus familiares.

É importante ressaltar que a vivência em família pressupõe a aceitação de limites e a existência de um ambiente marcado pelo afeto e cuidado. A tarefa precípua dos pais, conforme já ressaltado, é contribuir para educação e desenvolvimento dos filhos, os auxiliando afetiva e psicologicamente. Winnicott (2001, p. 131) estabelece que é um imperativo humano ter um círculo cada vez mais largo proporcionando cuidado, como também é uma necessidade se inserir num contexto que possa aceitar e receber uma contribuição de criatividade ou generosidade.

A relevância do cuidado familiar encontra unânime entendimento na doutrina. Não há dúvidas de que o crescimento em um ambiente familiar saudável é requisito essencial para o desenvolvimento de um adolescente maduro e responsável. No caso dos atletas em formação, percebe-se que esse distanciamento familiar desgasta os vínculos afetivos entre a família e torna os adolescentes mais vulneráveis social e afetivamente. Corroborando com o apresentado, Cedeca (2014, p. 43) retrata a dificuldade vivenciada pelos jovens nos alojamentos:

Os entrevistados foram unânimes em afirmar que a experiência do alojamento é difícil, mesmo para os mais adaptados. Treinadores e dirigentes pontuam que os atletas alojados são obrigados a permanecer até seis meses fora do convívio familiar e admitem haver uma dose variável de sofrimento no processo de adaptação à nova realidade.

Dessa feita, percebe-se o sofrimento experimentado pelos adolescentes que não podem conviver com sua família e com seu meio comunitário. A experiência pode trazer danos à formação psicossocial do indivíduo, pois além de suportar os sofrimentos psicológicos, sentem a ausência de uma figura de referência e autoridade em seu cotidiano. A família é uma fonte de segurança e referencial importante para o desenvolvimento do adolescente, pois ele vivencia intensamente o processo de construção de sua identidade. Assim, é fundamental a experiência vivida em família e a convivência com os pais, família extensa e demais pessoas essenciais, sendo que ele precisará recorrer “tanto a fontes sociais que lhe sirvam de referência quanto à referência e à segurança do ambiente familiar para seu desenvolvimento”, conforme dispõe o Plano Nacional da Convivência Familiar e Comunitária (BRASIL, 2006, p.31).

Pelo exposto, intui-se que os atletas em formação convivem potencialmente com sentimentos prejudiciais a sua evolução peculiar, o que poderá acarretar em danos psicológicos e à

integridade física. Aliás, os casos de abuso sexual, situação de grave risco de violação à integridade física e psicológica dos adolescentes, em alojamentos desportivos, parece ser uma realidade velada para quem trabalha no meio. Em recente pesquisa, Cedeca (2014, p. 37) conta que o aliciamento de crianças e adolescentes pobres, utilizando-se do futebol, é recorrentemente falado por gestores de clubes e treinadores, para os quais este representa um risco significativo da prática esportiva.

Todavia, é inviável considerar apenas os aspectos negativos do alojamento desportivo, já que essa experiência pode trazer resultados positivos. Salomão, Ottoni e Barreira (2014, p. 7) relatam a alegria de um adolescente recém alojado, especialmente a admiração pela estrutura física do clube e a euforia pela disponibilidade de equipamentos eletrônicos e suprimentos alimentares. A vivência no alojamento pode garantir uma gama de direitos mínimos que eles não conseguiriam ter acesso no seio da família natural por questões de vulnerabilidade social.

Conforme portal eletrônico português, o jogador Cristiano Ronaldo enfrentou graves problemas de saúde e alimentação enquanto vivia com sua família, sendo que a ida para Lisboa, com o intuito de morar no alojamento do clube Sporting, foi decisiva para a sua saúde e desenvolvimento físico (SÁBADO, 2015). Nessa esteira, Ambiel (2013, p. 17) também acredita não existir qualquer empecilho para o adolescente ficar alojado nas instalações do clube, pois isso poderia ser benéfico ao seu desenvolvimento e crescimento físico, desde que as instalações sejam adequadas, exista autorização específica dos pais, e seja garantido o acesso do adolescente à escola, além de boa alimentação, saúde, higiene e demais garantias legais.

Do mesmo modo, a experiência do alojamento pode contribuir com o processo de maturidade do adolescente. As dificuldades de ambientação e o enfrentamento inesperado de situações adversas forçam a necessidade de se tornarem maduros, rapidamente, a fim de que consigam se manter no contexto

futebolístico e aguentar as pressões físicas e sofrimentos psicológicos (SALOMÃO; OTTONI; BARREIRA, 2014, p. 6). As experimentações da maturidade precoce somadas às benesses do esporte podem ser um aspecto positivo para a formação e desenvolvimento ideal de um cidadão.

Por sua vez, há quem entenda que o amadurecimento longe do seio familiar pode trazer sérios prejuízos aos adolescentes. Marques et al. (2014, p.164) entendem que a privação da convivência familiar e comunitária na infância ou adolescência pode tornar dificultoso o amadurecimento, especialmente pela ausência de figuras de autoridade para sua identificação e à falta de segurança para o desenvolvimento da autonomia, o que, por conseguinte, gera o rebaixamento da autoestima.

Não obstante terem sido expostos os efeitos do alojamento desportivo, salienta-se que a análise pormenorizada dessas consequências não se constitui em um dos objetivos do trabalho. Os benefícios e malefícios dessa experiência se alteram conforme a personalidade, condições físicas do clube, apoio familiar, entre outras variáveis, o que torna impossível traçar conclusões uniformes sobre esse tema. No entanto, é fato incontestável que os alojamentos desportivos são lugares que recebem e exercem o cuidado de crianças e adolescentes, o que acaba por gerar a indagação se esses lugares são equiparados às entidades de atendimento, e, por conseguinte, se devem cumprir as diretrizes do ECA e se submeterem ao registro no Conselho Municipal de Criança e Adolescente.

O início da discussão perpassa pela análise dos dispositivos legais do ECA e da Lei Pelé. O ECA, nos artigos 90 a 94, trata das entidades de atendimento. A partir da leitura lógica dos artigos, uma conclusão parece certa: as entidades de atendimento se prestam a exercer as medidas socioeducativas ou medidas de proteção elencadas no artigo 90 sempre que ocorrer o pressuposto fático do artigo 98. Dessa forma, a atuação das entidades de

atendimento pressupõe a ameaça ou violação de direitos e, por isso, existem as limitações e imposições da referida lei.

Por sua vez, a entidade de prática esportiva está disciplinada no artigo 29 da Lei Pelé. Conforme determinação do §2º do artigo 29, os clubes desportivos devem fornecer aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional, como também manter alojamentos adequados para a estadia dos adolescentes, proporcionar alimentação, higiene, educação, saúde e todos os demais direitos mínimos para uma vida digna (BRASIL, 1998)¹².

Marques et al. (2014, p. 25) entendem que os centros de formação constituem uma forma específica e especial de entidade de atendimento que prestam apoio socioeducativo em meio aberto e, assim, deve se submeter à obrigação de inscrever seus programas de atendimento junto aos Conselhos de Direitos. Marques et al. (2014, p.69-70) explicam sua posição sobre esse enquadramento jurídico:

Assim, pode ocorrer de uma entidade de atendimento, com suas ações, integrar a política de proteção especial, sem que necessariamente execute medidas de proteção ou socioeducativa [...] A Lei Pelé determina que, para ser considerada formadora de

¹² Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). § 2º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que: I - forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e II - satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos: a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano; b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais; c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar; d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade; e) manter corpo de profissionais especializados em formação técnico-desportiva; f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento; g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva; h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e. i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.

atleta, a entidade de prática desportiva deve fornecer programas de treinamento, complementação educacional, assistência psicológica, médica e odontológica, além de garantir alimentação, transporte e convivência familiar. Tais obrigações não visam a outra coisa que não a promoção e fortalecimento de direitos dos adolescentes, mesmo não se tratando de medidas de proteção nem socioeducativas. É inevitável concluir, portanto, que as entidades de prática desportiva formadoras de atletas são entidades de atendimento alcançadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O enquadramento do alojamento como entidade de atendimento é um ponto de grande relevância, uma vez que a sua submissão às regras legais poderia gerar um maior controle de potenciais violações. Em seminário voltado à temática dos adolescentes desportistas, foi fixada a Carta de Campinas, a qual prevê algumas regulamentações e diretrizes a serem asseguradas para o cumprimento do direito à convivência familiar. A Carta prevê que as entidades esportivas assumem a natureza de instituição de acolhimento e devem ser cadastradas e fiscalizadas pelos Conselhos Municipais de Direitos de Crianças e Adolescentes (CARTA..., 2014).

Embora os argumentos sejam válidos, ousa-se discordar desse posicionamento. É possível afirmar que os alojamentos desportivos não são entidades de atendimento propriamente ditas, pois não possuem como fim precípua proteger e resguardar violações ou ameaças de direito. No mesmo sentido, é aceitável concluir que são entidades desportivas e que o artigo 29 da Lei Pelé está em consonância com a proteção integral e o melhor interesse da criança, bem como que pelo critério da especialidade deverá prevalecer a norma que regulamenta o tema com maior proximidade.

Por outro lado, ressalta-se que a Lei 13.046/14 criou uma espécie de entidade de atendimento especial no artigo 94-A do ECA. O artigo dispõe que as entidades que abriguem ou recepcionem crianças e adolescentes, ainda que em caráter

temporário, devem ter, em seus quadros, profissionais capacitados a reconhecer e reportar ao Conselho Tutelar suspeitas ou ocorrências de maus-tratos (BRASIL, 1990). Com isso, o enquadramento do alojamento desportivo é evidente, pois não há referência a violações de direitos, mas sim de entidades que abriguem ou recepcionem crianças e adolescentes. Logo, o alojamento desportivo deve obediência ao artigo 94-A do ECA, sendo obrigatório a contratação de profissionais capacitados para reconhecer a ocorrência de maus-tratos.

Assim sendo, ratifica-se que os alojamentos desportivos são entidades desportivas (artigo 29 da Lei Pelé) e devem obediência ao artigo 94-A do ECA. É válida, ainda, a crítica a redação ao artigo 94-A do ECA. O objetivo da norma é aumentar o leque de proteção de crianças e adolescentes para entidades que tradicionalmente não são equiparadas às entidades de atendimento. Entretanto, ao invés de criar a obrigação de fiscalização do Conselho Tutelar e a exigência de registro no Conselho Municipal de Criança e Adolescente, o comando legal limitou-se à contratação de profissionais habilitados. Ora, se é atribuição do Conselho Municipal exigir das entidades a conformação de seus planos à lei e políticas municipais, o seu registro seria ato indispensável para o cumprimento da proteção integral.

Para além da definição jurídica dos alojamentos esportivos, é mister discutir a efetivação do direito à convivência familiar nesse ambiente. É imprescindível apontar que a vivência em família garante a proteção necessária na fase do desenvolvimento peculiar. Embora o alojamento consiga, por vezes, garantir o mínimo existencial aos atletas, percebe-se que, em hipótese alguma, pode ser considerada sua casa ou seu ambiente natural. Salomão, Ottoni e Barreira (2014, p. 8) assinalam bem a situação:

Entende-se que a falta, contudo, de tudo aquilo que pode ser representado como “lar”, equivale à ausência de uma experiência que tem valor intangível para o jovem atleta. Vários dos atletas entrevistados manifestaram que constantemente choravam,

principalmente na chegada ao clube, o que lembra que as escolhas feitas e mantidas não os isentam do sofrimento, sobretudo da tristeza motivada por essa ausência. Trata-se da falta do que era rotineiro, cotidiano e habitual, daquilo que afetiva e materialmente lhes dava um conforto na vida familiar e também na familiaridade da vida do dia a dia.

A ausência familiar constante prejudica o desenvolvimento e contraria as normas constitucionais¹³. O regimento de alojamento desportivo deve ser uma medida excepcional, possível apenas quando for inviável manter o adolescente no seio da família natural. Ainda, há uma necessidade de existir responsável legal, equipe multidisciplinar de atendimento¹⁴, registro no Conselho Municipal e fiscalização do Conselho Tutelar para a concretização dos direitos assegurados no ECA, Constituição Federal e Lei Pelé.

Após essa breve exposição, frisa-se que o grande desafio da escrita será compatibilizar esses direitos discutidos com o objetivo de preservar o núcleo de proteção das normas estatutárias e constitucionais, a partir das bases doutrinárias expostas a seguir.

3 A compatibilização dos direitos e a busca pela resposta constitucionalmente mais adequada

Com o intuito de responder a problemática em questão, recorrer-se-á a teoria jurídica para harmonizar os direitos discutidos, especialmente as teorias de direitos fundamentais que

¹³ O projeto da nova lei do desporto brasileiro prevê, em seu artigo 26, §5º, que é defeso o alojamento de atletas da categoria Fundamentos, a qual compreende os atletas entre 12 e 14 anos idade, em instalações da própria entidade de formação. Do mesmo modo, para a categoria Desenvolvimento, que compreende os atletas entre 14 e 16 anos, prevê, em seu artigo 28, §5º, que o atleta poderá ser alojado nas instalações da entidade formadora, desde que seja garantida referência familiar do atleta. Portanto, percebe-se que o projeto de lei atenta para as peculiaridades do alojamento desportivo e busca manter a referência e convívio familiar, demonstrando-se, neste aspecto, positiva para a proteção dos atletas em formação (BRASIL, 2016-A).

¹⁴Também, o projeto da nova Lei Geral do Desporto assegura que o atleta que estiver alojado nas instalações da entidade formadora deverá ser acompanhado por assistente social que elaborará relatórios trimestrais a respeito da sua situação, os quais deverão ser obrigatoriamente anexados ao Registro de Atleta em Formação - RAF do atleta (BRASIL, 2016-A).

buscam solução para aparentes colisões de princípios e/ou regras. Também, avaliar-se-á os entendimentos jurisprudenciais existentes no Brasil e como essas decisões buscam a compatibilização dos princípios constitucionais. A partir dessas temáticas jurídicas, tentar-se-á elaborar a resposta constitucionalmente mais adequada ao caso concreto¹⁵.

3.1 Aspectos da teoria jurídica e a colisão de princípios fundamentais

Os direitos em análise já foram detalhadamente expostos nos tópicos anteriores. De um lado, há o direito à profissionalização; à prática esportiva e a autonomia da vontade do adolescente, os quais, podem ser sintetizados como direitos ao desenvolvimento personalidade inerentes às pessoas em desenvolvimento peculiar. Todavia, salienta-se que a análise do conflito jurídico dar-se-á com base primordial no direito à profissionalização, esculpido no art. 227¹⁶ da CF.

Por outro lado, há o direito à convivência familiar, o qual é explicitamente assegurado na Constituição Federal no artigo 227 e é pressuposto para o crescimento e desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. Dentro desse contexto, no caso dos atletas em formação desportiva, aparentemente, surge um conflito jurídico em que seria necessário privilegiar um direito em detrimento do outro. Assim, será discutida essa tensão com base na teoria dos direitos fundamentais e sob à luz do princípio do melhor interesse do adolescente.

¹⁵ O termo “resposta constitucionalmente adequada” foi elaborado por Lênio Streck na construção da sua teoria denominada crítica hermenêutica do direito.

¹⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à **profissionalização**, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

Sobre o referido princípio, ressalta-se que ele constitui um princípio estruturante do Direito da Criança e do Adolescente por ser decorrência lógica da doutrina da proteção integral, pois um quadro de proteção integral evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações sob o prisma de seu melhor interesse, “já que a infância passa a ser concebida não mais como objeto de medidas tuteladoras, mas sim como de sujeitos de direito” (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 26-7).

Também, o melhor interesse da criança cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do direito da infanto-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância (MÉNDEZ; BELOFF, 1998, p. 77). Portanto, percebe-se que esse princípio constitui modalidade de interpretação das lides jurídicas envolvendo crianças e adolescente, especialmente por ser uma garantia, sendo identificado como “vínculo normativo idôneo para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos” (MÉNDEZ; BELOFF, 1998, p. 88).

Apesar de o princípio possuir um grau de subjetividade, Pereira e Melo (2003, p. 270) compreendem que a opção menos prejudicial ou a que cause menos dano ao adolescente são indicativos para sua aplicação correta. Conforme Pereira e Melo (2003, p. 270), a concretude do caso é o que irá determinar a sua efetivação, sendo “papel do magistrado prezar pelo máximo grau de otimização, fazendo uso das regras constitucionais e infraconstitucionais que o respaldam”. Assim sendo, para o exame do conflito jurídico anunciado será utilizado o melhor interesse do adolescente como parâmetro para atingir a resposta constitucionalmente mais adequada.

A busca por uma solução apropriada necessita observar a teoria dos direitos fundamentais e os modos de elucidação dos princípios e regras jurídicas. Inicialmente, é necessário demonstrar a diferença entre regras e princípios, a qual será de substancial

importância adiante. Alexy (2015, p. 90) entende que “as regras são comando de definição e os princípios comandos de otimização”. Por sua vez, Ávila (2006, p. 78-9) assevera que as regras são normas descritivas, centradas na finalidade que lhes dá apoio ou nos princípios que lhes dão base valorativa. Os princípios, no entanto, “seriam normas finalísticas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”, representando uma função diretiva para a determinação da conduta (ÁVILA, 2006, p. 80).

Assentadas essas premissas, fixa-se que o critério adotado nesse trabalho será o conceito elaborado por Alexy, pois se trata de conflito de princípios. A necessidade de compatibilização dos direitos faz emergir a necessidade de adoção desses critérios, já que a decisão construída a partir de outra base teórica acarretaria a supressão de um dos direitos. A teoria dos princípios adotada é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais, mas também possibilita um “meio-termo entre vinculação e flexibilidade, sendo que na teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade” (ALEXY, 1999, p. 79).

Com o objetivo de responder o problema de pesquisa, será adotado o critério da ponderação/sopesamento¹⁷. O objetivo do sopesamento é “definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 96). A solução para essa colisão “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 97). O resultado desse procedimento, o qual é

¹⁷ A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão para *hard cases*, em relação aos quais a subsunção não é adequada. O intuito da ponderação é solucionar esses conflitos da maneira menos prejudicial para o ordenamento jurídico, de modo que as normas em atrito convivam, sem a exclusão de alguma delas, ainda que determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes (DE BARCELOS, 2006, p. 55-7).

uma tarefa de otimização¹⁸, “será um enunciado de preferências condicionadas que corresponderá a uma regra de decisão diferenciada”, equivalendo-se, dessa forma, ao princípio da concordância prática¹⁹ (ALEXY, 2015, p. 174).

O sopesamento divide-se em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação de um dos princípios. Já no segundo passo afere-se a necessidade de satisfação do outro princípio. No terceiro passo, pondera-se se o grau de relevância de um princípio justifica a não satisfação do outro (ALEXY, 2015, p. 595). Salienta-se que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 168). A atividade do sopesamento deverá ter como base a argumentação dos direitos fundamentais, a qual ocorre da mesma forma que a argumentação jurídica geral, podendo ser identificada pelos termos lei, precedente e dogmática (ALEXY, 2015, p. 552). Destarte, adotado essa sistemática, afirma-se que como resultado de todo sopesamento poderá ser formulada “uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”. (ALEXY, 2015, p. 103).

Sendo assim, a formulação de uma resposta constitucionalmente adequada pressupõe a colocação dos princípios em uma balança. A ponderação busca satisfazer o grau máximo dos princípios e permitir a restrição mínima dos direitos em colisão, sempre atenta à necessidade e adequação dessa contenção. A satisfação de um dos princípios só justifica a não-satisfação do outro princípio, nesse caso, se atender ao melhor

¹⁸ As três máximas parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) definem aquilo que deve ser compreendido por "otimização" na teoria dos princípios (ALEXY, 2015, p. 589).

¹⁹ O princípio da concordância prática assevera que na existência de colisão de bens protegidos constitucionalmente, deve-se favorecer decisões através das quais ambos os direitos, em conformidade com a possibilidade de seu equilíbrio e proporcionalidade, sejam garantidos. Também, que as normas constitucionais devem ser interpretadas em uma unidade e que há de se interpretar as normas constitucionais de modo a evitar contradições entre elas (GUEDES, 2014).

interesse da criança e à proteção integral, uma vez que a argumentação para solução da colisão de direitos fundamentais se funda nos termos tradicionais de interpretação. Os critérios teóricos possibilitam a elaboração de uma decisão aplicável ao caso concreto, a partir do qual será formada uma regra, a qual será produto das condições, ponderações e limitações desses direitos.

Portanto, os princípios em conflito devem ser sopesados para sua aplicação. No presente caso, para os menores de 14 (catorze) anos de idade, há o dever de se garantir a convivência familiar, bem como um dever estatal de garantir a profissionalização e o pleno desenvolvimento do adolescente. Pelas proposições teóricas feitas, entende-se que, para os menores de catorze anos, há preponderância do direito à convivência familiar, pois existe o acréscimo de uma regra constitucional proibitiva ao princípio (art.7º, XXXIII da CF), o que gera desequilíbrio na balança da ponderação, prevalecendo, assim, a convivência familiar para os menores de quatorze anos. Para os adolescentes acima dessa idade, o ideal seria a manutenção do convívio familiar e o pleno exercício do direito à profissionalização. Todavia, diante das impossibilidades práticas dessa manutenção, o caso torna-se mais tormentoso, sendo importante apresentar aparentes soluções para esse conflito.

O grande objetivo da ponderação de princípios é manter o núcleo de proteção constitucional, ou seja, privilegiar a profissionalização e desenvolvimento do adolescente e a convivência familiar contínua. Dentro desse contexto, surge a alternativa de adoção pelos clubes de futebol de proliferação das unidades do clube, incentivando a descentralização das categorias de base e criando unidades de treinamentos oficiais espalhadas pelo território. Essa opção conseguiria manter o núcleo rígido de ambas as normas. No entanto, torna-se economicamente inviável para os clubes de futebol, além de existir perda na qualidade do serviço prestado pelo clube.

Do mesmo modo, outra hipótese que compatibilizaria os princípios constitucionais, seria a transferência da família para a

localidade do clube de futebol. Todavia, como a maioria dos atletas são economicamente desprivilegiados, a transferência da família além de difícil, poderia causar um problema social a partir da dispensa do adolescente. Ainda, há a possibilidade de o clube arcar com os custos da transferência e arrumar emprego para os responsáveis, situação que ocorre com grandes promessas, porém a aplicação para todos os jogadores esbarraria, mais uma vez, nos critérios econômicos. Outra solução possível seria os clubes disponibilizarem passagens, pelo menos uma vez por semana, para os adolescentes ou à família.

As proposições expostas atendem o melhor interesse do adolescente, além de manter o núcleo rígido dos princípios jurídicos. As bases teóricas demonstraram ser possível a compatibilização dos princípios analisados ao apresentar respostas constitucionalmente adequadas ao conflito. Entretanto, a formulação de uma resposta apropriada, apesar de não constar nos elementos da ponderação, deve analisar os fatores externos do caso, já que critérios econômicos/sociais podem impedir a concretização das soluções apresentadas. Portanto, há a obrigação de se atentar ao critério hermenêutico do melhor interesse, levando-se em conta os fatores externos que impossibilitam a efetividade dos direitos, sob pena de formulação de respostas inócuas.

Uma vez realizado o aporte teórico necessário para a compreensão e oferta da resposta constitucionalmente adequada, no próximo tópico discorrer-se-á sobre o entendimento jurisprudencial sobre a harmonização dos direitos em colisão.

3.2 Análise jurisprudencial sobre a harmonização dos direitos dos atletas em formação

De início, aponta-se os critérios para a escolha dos julgados. Com o intuito de responder a problemática supracitada, realizou-se investigação jurisprudencial no âmbito dos tribunais regionais do trabalho (TRTs) da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª região, uma vez que é na

jurisdição desses tribunais, conforme Terra (2017), que se encontram os quatros estados com maiores números de clubes de futebol²⁰. Além do critério qualitativo, a pesquisa se baseou no período entre 2013 e 2017, buscando julgados que avaliassem a profissionalização e a convivência familiar de forma integrada.

Dentro desse contexto, pesquisou-se acórdãos a partir dos termos “adolescentes atletas” e “convivência familiar”, resultando em um total de 06 (seis) acórdãos²¹. Dessa análise, decidiu-se pela investigação pormenorizada de dois julgados, um do TRT da 3ª região e outro do TRT da 4ª região, pois foram os acórdãos que mais detalharam o direito à convivência familiar e traçaram diretrizes para a compatibilização com o direito à profissionalização. Assim, primeiramente, será analisado o caso do TRT da 3ª Região (BRASIL, 2013).

O primeiro caso trata de um Recurso Ordinário²² interposto pelo Ministério Público do Trabalho em face do Cruzeiro Esporte Clube, buscando o impedimento do clube de contratar menores de catorze anos, a imposição de normas para acolhimento em seus alojamentos, fixação de dano moral coletivo, entre outras obrigações de fazer. O primeiro grande ponto de discussão do acórdão foi a existência de relação trabalhista entre adolescentes e clubes de futebol. O vínculo laboral foi reconhecido, especialmente porque, embora os atletas alojados recebam benefícios médicos,

²⁰ Salienta-se que foram escolhidos os Tribunais Trabalhistas, pois a grande temática envolvendo adolescentes atletas está ligado ao pagamento da bolsa aprendizagem e da legalidade dos adolescentes exercerem essa atividade, não sendo possível encontrar casos na Justiça comum. Adêm, informa-se que os quatros estados com mais clubes de futebol são São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, respectivamente.

²¹ Os acórdãos encontrados foram: Recurso Ordinário nº 0001188-25.2012.5.01.0076/TRT 1ª Região/RJ, data de julgamento em 15/03/2016; Acórdão 20160312382/TRT 2ª região, data de julgamento em 18/05/2016; Recurso Ordinário nº 0165100-65.2009.5.03.0007/TRT 3ª região, data de julgamento em 22/05/2013; Recurso Ordinário nº 0166400-29.2009.5.03.0018/ TRT 3ª região, data de julgamento em 10/05/2013; Recurso Ordinário nº 01651-2009-007-03-00-1/ TRT da 3ª região, data de julgamento de 14/05/2013; e Recurso Ordinário nº 0020914-34.2014.5.04.0010/ TRT da 4ª região, data de julgamento de 23/11/2016.

²² Recurso Ordinário nº 01651-2009-007-03-00-1/ TRT da 3ª região. 9ª Turma.Relatora: Cristina Maria Valadares Fenelon. Data de julgamento em 14/05/2013.

fisioterápicos, psicológicos e de moradia, obrigam-se a treinar com o fim de aperfeiçoamento na prática esportiva e visando à profissionalização, como também que o sucesso do seu desempenho trará vantagem econômica futura para o clube (BRASIL, 2013, p. 5). Assim, adotando essas razões de decidir, determinou a proibição de contratação de menores de catorze anos, o pagamento de benefícios previdenciários e trabalhistas para os atletas em formação e a obrigação de fornecimento de todos os atendimentos de saúde e educação.

O segundo ponto de relevância a ser discutido é a infringência ao direito à convivência familiar e comunitária. A infringência ao convívio comunitário foi retratada pela fiscalização de assistentes sociais, as quais concluíram pela ausência de participação comunitárias dos adolescentes, embora tivesse liberdade para sair e transitar pela cidade, e que a omissão do clube, ao deixar de adotar medidas capazes de incentivar a interação na comunidade, agravava o isolamento do menor de idade (BRASIL, 2013, p. 8). Desse modo, o Tribunal obrigou o clube a elaborar e implementar um projeto visando à socialização, sob supervisão psicológica. Já sobre o direito à convivência familiar, o Tribunal reconheceu a violação desse princípio e fixou regras para sua compatibilização com o direito à profissionalização:

- a- Somente será permitido que o adolescente resida no clube quando os pais ou responsáveis legais residirem em localidade que não permita o deslocamento diário do adolescente de sua residência ao centro treinamento;
- b- não será permitido que o atleta adolescente, sujeitos (*sic*) pais ou responsáveis legais residam em localidade distante, que não permita o deslocamento diário até o centro de treinamento, seja alojado em repúblicas, hotéis, pensões ou similares, salvo durante viagens realizadas para disputa de torneios ou excursões promovidas pelo clube;
- c- o clube deverá assegurar que o adolescente visite sua família, na cidade de origem, pelo menos cinco vezes por ano, sendo duas durante o período de férias escolares, custeando as despesas decorrentes dos deslocamentos;
- d- as instalações destinadas ao

alojamento dos adolescentes deverão ser adequadas, levando-se em consideração a situação de pessoas em desenvolvimento peculiar, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade (BRASIL, 2013, p.15).

A fixação do pagamento de passagens para visitas à família é uma solução que se utiliza intrinsecamente da ponderação, pois possibilita o exercício do direito à profissionalização coadunado com um convívio familiar mais contínuo. Apesar de não ocorrer a preservação integral dos núcleos rígidos dos princípios, tal medida encontra amparo na proteção integral e melhor interesse do adolescente. Por fim, menciona-se que o acórdão deu provimento a todas as obrigações de fazer pleiteadas pelo MPT, abstendo-se apenas da ilegalidade de cobranças dos testes de seleção, além de condenar o clube ao pagamento de 100 (cem) mil reais em dano moral coletivo e conceder o prazo de 60 (sessenta) dias para o clube adotar as imposições.

A decisão está coerente com os princípios que estruturam o Estatuto da Criança e Adolescente. O acórdão se baseia nas normas de proteção integral e profere decisão atenta às peculiaridades do desenvolvimento dos menores de idade. Contudo, existe pouca atenção com o futuro das fiscalizações dos alojamentos e com o cumprimento do pagamento de passagens. Em síntese, pode-se garantir que a decisão apresenta solução compatível com o melhor interesse da criança e apresenta substratos teóricos interessantes para a solução final do problema.

O segundo caso trata de uma ação de obrigação de fazer e de não fazer cumulada por dano moral coletivo ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) contra o Grêmio Football Porto Alegre buscando a responsabilização do clube pela conduta ilícita de admitir menores de catorze de idade nas suas dependências²³.

²³ Recurso Ordinário nº 0020914-34.2014.5.04.0010- TRT da 4ª região/RS. 1ª Turma do TRT da 4ª região. Relator: Manuel Cid Jardim. Data do Julgamento: 23 de novembro de 2016.

No primeiro grau, o clube foi mandado a cumprir as obrigações de fazer e dispensado do pagamento de indenização por danos morais coletivos. As obrigações consistiam, sinteticamente, em não admitir menores de 14 anos de idade nas categorias de base do clube e a não submissão destes a qualquer tipo de teste, seleção ou avaliação (BRASIL, 2016-B, p. 3). Em sede recursal, o Tribunal adotou como fundamento da decisão os argumentos apresentados no primeiro grau, mantendo o cumprimento das obrigações de fazer e condenando o clube ao pagamento de indenização no valor de cem mil reais por dano moral coletivo.

O julgado proíbe a admissão de atletas em formação com idade inferior a quatorze anos, bem como reproduz a sentença de primeiro grau sobre a transgressão ao direito à convivência familiar, estabelecendo bases muito similares às do acórdão do TRT da 3ª Região:

Permitir que, após aprovação no teste, seleção ou avaliação, o adolescente, maior de 14 anos de idade resida nas dependências do clube somente quando seus pais ou responsável legal residam em localidade que não permita o deslocamento diário do adolescente à sua residência, sendo proibido ao réu valer-se de repúblicas, hotéis, pensões ou similares para alojar estes menores; o réu, para alojar os menores, deverá ter expressa e prévia autorização com firma reconhecida dos pais ou responsável legal; deverá garantir o direito destes menores de visita de suas famílias, na sua cidade de origem, pelo menos 5 (cinco) vezes ao ano, sendo 02 (duas) durante o período de férias escolares, cujos custos com deslocamento serão arcados pelo réu; deverá garantir ainda, que as instalações sejam adequadas e de acordo com a situação da pessoa em desenvolvimento, sobretudo no que diz respeito à alimentação, higiene, segurança e salubridade, devendo manter esta dependências limpas e higienizadas, sendo proibido ao réu exigir a limpeza e higiene das instalações da residência, inclusive sanitárias, dos menores instalados e residentes no clube. Neste mesmo diapasão, o réu deverá garantir que as dependências sanitárias, inclusive chuveiros, deverão possuir boxes individualizados, para assegurar a privacidade do menor. Deverá ainda proceder à elaboração e implementação de um programa de apoio sócio

educativo de meio aberto com vistas à socialização do adolescente que reside no clube, sob supervisão psicológica (BRASIL, 2016-b, p.4).

Além do transcrito, o julgado fixou a restrição de menores de catorze ficarem alojados, bem como determinou que o clube elaborasse e implementasse um programa de apoio sócio educativo de meio aberto sob supervisão psicológica, visando à socialização (convivência comunitária) do adolescente que reside no clube (BRASIL, 2016-b, p. 10). Pelo exposto, percebe-se claramente a grande similaridade entre os acórdãos proferidos. Isso se deve, principalmente, à atuação do Ministério Público do Trabalho sobre a conscientização a respeito dos direitos dos atletas em formação, pois com a elaboração de um projeto de atuação nacional, diversos julgadores aproveitaram-se dos estudos e diretrizes para proferir suas decisões²⁴.

A decisão do TRT da 4^a região fixa os mesmos parâmetros de compatibilização do primeiro caso analisado. Conforme já dito, a sentença está em sintonia com as normas estatutárias e constitucionais que disciplinam essa seara do direito. O critério hermenêutico do melhor interesse do adolescente está evidente.

É válido, ainda, apontar o entendimento internacional sobre esses parâmetros. Na Inglaterra, o clube Watford iniciou modelo de parceria com escolas privadas especializadas em esporte, possibilitando que os estudantes-atletas tenham horário flexibilizado para ter até dois treinos diários. Eles aceitam atletas em formação a partir dos seis anos de idade e os atletas até doze anos devem residir até uma hora de casa, não sendo encontrado

²⁴ A COORDINFÂNCIA - Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes (órgão do Ministério Público do Trabalho que tem por escopo zelar pela efetiva observância dos direitos de crianças e adolescentes, em suas relações de formação profissional e de trabalho, sejam lícitas ou ilícitas) idealizou o Projeto Nacional “ATLETAS DA COPA E DAS OLIMPÍADAS”. O programa destina-se a enfrentar a exploração do trabalho de atletas-mirins que veem nos esportes, em especial no futebol, um sonho de realização profissional e riqueza. A iniciativa está contemplada no planejamento estratégico do MPT, sob o tema “TRABALHO DO ATLETA”, constante do Temário Unificado do Ministério Público do Trabalho (MARQUES, et.al, 2014, p.1-2).

especificações acima dessa idade (BRASIL, 2016-C, p.101). Já na Alemanha, a formação de jovens jogadores nas academias de futebol prevê colaboração com as escolas públicas, de forma a permitir que os jovens talentos treinem com mais foco ao mesmo tempo em que não deixem de estudar. A carga de treinamento semanal dos jogadores de 9-15 anos é de 90 minutos, 4 a 5 vezes por semana e a formação é permitida a partir dos 14 anos em forma de internato (BRASIL, 2016-c, p.105)²⁵.

Ante o narrado, os critérios fixados pela jurisprudência guardam harmonia com as bases da teoria jurídica. Em ambas hipóteses apontadas, percebe-se a atenção à proteção integral e ao melhor interesse. A ponderação, mesmo que implícita, conduz à compatibilização dos direitos em questão. Com a definição dessas asserções, passar-se-á a definição do problema de pesquisa, apresentando uma resposta coerente com as bases teóricas, jurisprudenciais e legais até então percorridas.

Considerações finais

Pela pesquisa desenvolvida, arremata-se o trabalho podendo se afirmar que o direito à profissionalização, à prática esportiva e o respeito à autonomia da vontade constituem em corolários da doutrina da proteção integral. No entanto, apesar de benéficos para o desenvolvimento dos adolescentes, tais direitos devem respeitar a regra proibitiva constitucional de trabalho para menores de quatorze anos, sob pena de violação à Carta Magna. A profissionalização desportiva pode contribuir com o desenvolvimento físico, bem como servir de instrumento para ascensão social.

²⁵ O estudo internacional parece ter influenciado os legisladores nacionais. No novo projeto da lei do desporto brasileiro, há previsão, no artigo 24, II, alínea f, sobre a necessidade de ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não podendo ser superior a 5 (cinco) horas por dia de treino, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento (BRASIL, 2016-a).

Do mesmo modo, conclui-se pela importância do direito à convivência familiar, já que a família é o lugar adequado de proteção, amor e autoridade em que são aprendidos os valores morais e educacionais para o crescimento de um cidadão. O distanciamento afetivo, a ausência de uma figura de autoridade e de um vínculo afetivo diário cria ambiente favorável para envolvimento com atividades indevidas para pessoas em desenvolvimento. Também, aponta-se que os alojamentos desportivos devem ser submetidos à fiscalização do Conselho Tutelar e registro no Conselho Municipal de Criança e Adolescente, a fim de ampliar o leque de proteção dos atletas em formação.

Os benefícios dos direitos estudados são evidentes. Contudo, diante da sua aparente colisão no caso dos atletas em formação, foi necessário recorrer aos critérios da teoria dos direitos fundamentais e da jurisprudência. Com o aporte teórico da ponderação, pontua-se que deverá ser preservado o máximo possível dos princípios fundamentais em conflito, evitando a eliminação do núcleo de proteção da norma constitucional. A ponderação busca harmonizar os direitos em discussão e zelar pela unicidade do sistema jurídico, especialmente ao fornecer uma resposta diferenciada para cada caso concreto.

A jurisprudência, por sua vez, apresentou critérios definidos para a solução do problema. Os tribunais regionais do trabalho analisados concluíram, em decisões com conteúdo análogo, que é direitos dos adolescentes atletas a visita de suas famílias, na sua cidade de origem, pelo menos 5 (cinco) vezes ao ano, sendo 2 (duas) durante o período de férias escolares, sendo todas as despesas arcadas pelos clubes de futebol responsáveis. Também, os acórdãos estudados fixaram obrigações de fazer aos clubes responsáveis, sempre com observância do melhor interesse do adolescente e da doutrina da proteção integral.

Baseando-se nos aportes teóricos feitos, conclui-se que a solução constitucionalmente adequada e que atende os postulados do melhor interesse e da proteção integral é a obrigação dos clubes

de futebol disponibilizarem passagens para os adolescentes visitarem suas famílias por, pelo menos, 10 (dez) vezes ao ano.

O critério jurisprudencial de 05 (cinco) visitas anuais apresenta-se insuficiente a garantir a mínima convivência familiar. A proposição feita não sacrifica nenhum dos princípios e concede uma efetivação, ainda que em menor escala, da convivência familiar.

Ressalta-se que para a concretização dessa solução, o ideal seria a adequação dos calendários das competições de formação esportiva, ou seja, as Federações de Futebol deveriam ajustar que, por exemplo, os últimos finais de semana de cada mês não teriam jogos competitivos, facilitando, assim, o deslocamento do adolescente para sua residência familiar. Frisa-se que é dever dos clubes de futebol incentivar e zelar pela convivência familiar e comunitária.

Ainda, vale apontar a necessária diferenciação entre maiores e menores de 14 (quatorze) anos idade. A pesquisa realizada demonstra que é inviável menores de quatorze anos de idade morarem em alojamentos desportivos, especialmente pela existência de relação empregatícia e a vedação constitucional dessa prática para a referida idade. Para os maiores de quatorze anos, entende-se que não há ilegalidade em morar nos alojamentos, desde que respeitados os direitos básicos e garantido o direito à convivência familiar, nos moldes supracitados.

Portanto, a proteção dos direitos fundamentais dos adolescentes atletas é um tema que merece atenção da rede de proteção, especialmente da atuação do Conselho Tutelar e Ministério Público do Trabalho em buscar compatibilizar os direitos discutidos. A grande vitória da proteção integral e melhor interesse apenas ocorrerá por um trabalho em equipe, em que zagueiros (família), meios de campo (Estado) e atacantes (sociedade) atuem de forma coesa e integrada, buscando o domínio do jogo e driblando os problemas sociais. O futuro da nação depende do respeito à Constituição e o verdadeiro gol de placa é o desenvolvimento sadio e adequado das crianças e adolescentes.

Referências

- ALFAIATE, Ana Rita. Autonomia e cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13-34.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 30 Set. 2017.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. São Paulo: Círculo do Livro, 1937.
- AMBIEL, Carlos Eduardo. A proibição do trabalho infantil e a prática do esporte por crianças e adolescentes: diferenças, limites e legalidade. **Revista do TST**, Brasília, v. 79, n. 1, jan/mar 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/38919/017>>. Acesso em: 13.mai. 2017.
- _____. Trabalho infantil esportivo e artístico: Conveniência, legalidade e limites. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho (TST), 15.out.2012. Palestra ministrada no **Seminário Trabalho Infantil, aprendizagem e Justiça do Trabalho**. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=7IgdgiEOlk8>> acesso em 14 ago.2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Karen Prates de. **O trabalho Infanto-juvenil no futebol: lei x realidade**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito para cumprimento de requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/31321>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BARBOSA, Hélia Maria Amorim. Direito desportivo e a prioritária proteção integral. **Revista de Direito da Infância e Juventude**. Jan-jun 2014. Ano 2-3, p. 15-33.

BEE, Helen. **O ciclo vital**: Trad. Regina Garcez- Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> acesso em 22 set.2017.

_____. Lei Pelé. Lei 9.615 de 24 de março de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm> acesso em: 14.ag0.2017.

_____. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília, 2006. Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar> acesso em: 29 mai.2017.

_____. **Projeto da nova lei geral do desporto brasileiro**. 2016-A. Disponível em: <legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4402929>

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. **Recurso Ordinário nº 01651-2009-007-03-00-1**. Ministério Público do Trabalho e Cruzeiro Esporte Clube. 9ª Turma. Relatora: Cristina Maria Valadares Fenelon. Data de julgamento em 14/05/2013. Disponível em <<https://www.trt3.jus.br>> acesso 22 set.2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. **Recurso ordinário nº 0020914-34.2014.5.04.0010- ACP/RS**. Ministério Público do Trabalho e Grêmio Football Porto Alegrense. 1ª Turma. Relator: Manuel Cid Jardim. Data de Julgamento em 24 nov.2016-B. Disponível em:<https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:XvpqXacim8Jjbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7789869%26v%3D15579738+gremio+e+adolescentes+atletas+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-09-22..2017-09 22++&client=jurisps&site=juris_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisps&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> acesso 22 set.2017.

_____. **Relatório da comissão especial destinada a estudar e apresentar propostas de reformulação da Lei Pelé e do Estatuto de defesa do torcedor e das demais legislações aplicadas ao futebol e ao esporte.** Brasília, 2016-C. Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gIoZK38IDDoJ:www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1532677+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acesso em 30 de set.2017.

CARTA DE CAMPINAS (CARTA...). O legado dos megaeventos e os direitos fundamentais: a proteção de crianças e adolescentes em formação profissional desportiva. Campinas, dezembro de 2014. **Seminário para a discussão dos adolescentes em formação desportiva. Documento sintetiza os pontos discutidos no seminário.** Disponível em <<http://fnpeti.org.br/noticia/1441-carta-de-campinasnorteia-atuacao-de-estado-e-sociedade-civil-no-combate-a-exploracao-de-criancase-adolescentes-no-esporte.html>> acesso em: 25 de jun.2017.

Carta Internacional da Educação Física e do Desporto da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (CARTA...). **UNESCO**, 1978. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002164/216489por>> acesso em 25.out.2017.

CENTRO DA DEFESA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE YVES DE ROUSSAN (CEDECA). **A infância entra em campo: riscos e oportunidades para crianças e adolescentes no futebol.** Salvador: CEDECA, 2013. 70p..il.

CÔRREA, Lelio Bentes. OLIVA, José Roberto Dantas. ARRUDA, Kátia Magalhães. **Compete à Justiça do Trabalho autorizar trabalho artístico infantil. Conjur.** 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/compete-justica-trabalhoautorizar-trabalho-artistico-infantil>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>>. Acesso em: 27 nov. 2017

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Adolescentes jogadores de futebol**: da necessidade de coibir os abusos que são vítimas. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1043>> acesso em: 29 mai.2017.

DE BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55-7.

FÉDÉRATION INTERNATIOLE FOOTBAL ASSOCIATION (**FIFA**). Regulamento relativo ao Estatuto e transferência de jogadores. Anexo 4- Compensação por formação. 2003. Disponível em: <sjpgf.pt/uploads/.../20120412111935_regulamento_internacional_transferencias.pdf>. Acesso em: 14 mai. de 2017.

GUEDES, Néviton. Princípio da concordância não contraria ponderação de bens. **Conjur**. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>> acesso em 30 set.2017.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha et al. A prevalência da família no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva. OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.123-140.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Ed. Perspectiva S.A, 4. ed., 2000.

KAWAUACHI, Shiro. A importância da família das crianças e adolescentes na formação desportiva. São Paulo, SESC São Paulo, 28 set.2016. Palestra concedida no **III Seminário Nacional de Serviço Social no Mundo do Futebol**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=9lo6t3l8qcU&t=344s>> acesso em 14.ago.2017

KNIJNIK, J.D ; MASSA, M.; FERRETTI, M. A. C. Direitos humanos e especialização esportiva precoce: considerações metodológicas e filosóficas. In: Afonso Antonio Machado (org.) **Especialização esportiva precoce**: perspectivas atuais da psicologia do esporte. Jundiaí, Fontoura, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S18075509201400020029300_029&lng=en>. Acesso em: 13 mai. 2017.

- MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.
- MARQUES, Rafael Dias et al. **Manual de Formação profissional desportiva da Coordinfância**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014.
- MASSA, M. **Desenvolvimento de judocas brasileiros talentosos**. Tese (Doutorado) – Escola de Educação Física e Esporte da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/39/39132/tde.../Tese_Doutorado_Massa_final_.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2017.
- MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary. (Orgs.). **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1999.
- MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol e a utilização do instituto da antecipação de tutela para transferência do atleta de futebol. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região**. v.21, n. 47. Jan/Jun 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.2930.
- MORHY, Sumaya Saady. Direitos e deveres nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**– Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 510-523.
- NASCIMENTO, Milton. **O Brasil é o país do futebol**. 1970. Disponível em <<https://www.letras.mus.br/milton-nascimento/aqui-e-o-pais-do-futebol/>> acesso em 22 set.2017.
- ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 22 set.2017.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição Federal de 1988. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003.

PORTUGAL. **Código Penal**. Decreto Lei 48 de 15 de março de 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo> acesso em 30 de out.2017.

SALOMÃO, Rodrigo Lourenço. OTTONI, Giovana Pereira. BARREIRA, Cristiano Roque Antunes. Atletas de base de futebol: a experiência de viver em alojamento. **Psico-USF**, Itatiba , v. 19, n. 3, p. 443-455, Dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712014000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 mai.2017.

SÁBADO. **A infância pobre e desconhecida de Cristiano Ronaldo**. Lisboa, Portugal, 2015. Disponível em <<http://www.sabado.pt/desporto/futebol/detalhe/ainfancia-pobre-e-desconhecida-de-cristiano>> acesso em: 28 mai. 2017.

SAMPAIO, Felipe Macêdo Pires. A idade mínima para o trabalho infantil artístico no Brasil. **Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia**. Edição Comemorativa aos 70 anos do MPT na Bahia. Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia. Salvador/BA. n. 4. Ano 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. A proteção integral da infância e adolescência. Santa Maria, Dadu Unifra, maio de 2017. **Palestra proferida na Jornada de Política e Direito de Santa Maria**.

SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Cáudia Maria Rinhel; RINHEL, Ricardo Domingos; CONSTANTINO, Elizabeth Piemonte. Uma visão psicojurídica sobre a importância do comportamento dos pais na educação dos filhos. **Revista de Direito da Infância e Juventude**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-jun 2014. Ano 2-3. p. 275-289.

SOUZA, Camilo Araújo Máximo, et al. Dificil reconversão: futebol, projetos e destino em meninos brasileiros. In: **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 14, n. 30, p. 85-111, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832008000200004&lng=en&nrm=iso>ISSN 0104-7183> acesso em: 29 mai. 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brocardo et al. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.335-356.

TERRA. **Brasil começa 2017 com 662 times profissionais no futebol**. Rio de Janeiro, Brasil, 2017. Disponível em < <https://www.terra.com.br/esportes/futebol/brasil-comeca-2017-com-662-times-profissionais-no-futebol,36a1936f4e0da65e23cfa795fe6549f3ke4y112a.html>> acesso em 22 set.2017.

THOMAZELLI, Daniel Rodrigues. A limitada efetivação da tutela dos direitos humanos da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Desportivo**. v.25/2014. p. 243 - 273, Jan - Jun. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78629>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

UM SONHO possível. Direção de John Lee Hancock. Produção de Broderick Johnson e Andrew Kosove. Estados Unidos da América: 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WINNICOTT, Donald W: Trad. Marcelo Brandão Cipolla. **A família e o desenvolvimento individual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Do visitar ao “COM VIVER”: um novo olhar ao tempo dos filhos com cada um de seus genitores após as dissoluções afetivas

Conrado Paulino da Rosa¹

Introdução

As rupturas conjugais ou convivenciais em que resultam filiação apresentam, necessariamente, em uma série de arranjos que vão muito além das questões financeiras.

No ordenamento jurídico brasileiro, até o ano de 2008, a atribuição da guarda da prole nas Varas de Família era estabelecida a partir de um monocrático olhar, qual seja, o viés da unilateralidade, sendo exercida – primordialmente – pelas genitoras.

Para além da atribuição de qual dos pais será o guardião, invariavelmente, a decisão necessita atribuir o tempo de convívio dos filhos com cada um dos genitores, instituto que, em sua origem, era denominado como direito de visitas.

O presente artigo tem como escopo, à luz da doutrina da proteção integral, analisar as alterações promovidas no Código Civil pelas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, de que forma a atribuição de tempo dos filhos com seus genitores deverá ser

¹ Advogado especializado em família e sucessões. Pós-doutorando em Direito – UFSC, sob orientação da Professora Josiane Petry Veronese. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a *Università Degli Studi di Napoli Federico II*, na Itália. Professor da Faculdade do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre, onde coordena a Pós Graduação presencial e EAD em direito de família. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM / Seção RS. www.conradopaulinoadv.com.br

estabelecida, bem como o papel dos profissionais que atuam nos processos dessa natureza.

A guarda dos filhos no direito brasileiro

O Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), inicialmente, trazia apenas a modalidade de guarda como a atribuída a apenas um dos pais. Conforme a sua redação originária do artigo 1.584, sem que houvesse entre as partes acordo, quando da dissolução da união, quanto à guarda dos filhos, será ela seria atribuída a quem revelasse “melhores condições para exercê-la”.

A premissa escolhida não esconde o viés adultocentrista vez que, ao invés de se preocupar com os destinatários da proteção, a norma usava como referência as características dos adultos e não do melhor interesse da criança e do adolescente, como já definia a Constituição Federal de 1988.

Todavia, em 2008, a Lei 11.698 alterou a redação dos dispositivos 1.583 e 1.584 do CCB para, de forma expressa, apresentar a possibilidade da guarda compartilhada na legislação brasileira, corrigindo parcialmente esse quadro.

A partir de então o ordenamento jurídico passou a trabalhar com duas possibilidades de guarda após a dissolução de um relacionamento: de forma unilateral ou compartilhada. A primeira, de acordo com o artigo 1.583 § 1º CC, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também, o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole. Por outro lado, guarda compartilhada trata da responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Assim, a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, na antiga redação do § 2º do 1.583 do Código Civil, a partir da Lei 11.698/2008, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes

fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança e, por último, (III) educação.

De outra banda, a Lei 11.698, ao estabelecer a possibilidade da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico trouxe a seguinte redação ao artigo 1.584 § 2º do Código Civil: quando “[...] não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

Contudo, o “sempre que possível” acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores.² Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos. (PEREIRA, 2013, p. 97)

Justamente para evitar esse quadro, em 22 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei 13.058/2014³. Entre outras alterações, a nova legislação alterou a redação do artigo 1.584 § 2º do Código

2 1. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. (BRASIL. TJRS. *Apelação Cível Nº 70059147280*. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/04/2014. Disponível em: <

<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/.../TJRS%20Apelação%2070062393152.doc>

>. Acesso em: 12 nov. 2018.).

Guarda compartilhada pressupõe, de um modo geral, consenso entre os pais. É rara, se se pretende êxito assegurado, a modalidade da guarda compartilhada litigiosa, que será sempre uma guarda imposta e exercitada por duas pessoas”. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.09.704551-2/003 7045512-60.2009.8.13.0024*. (1) – Relator Des. Wander Marotta - Data de Julgamento: 06/12/2011 - Data da publicação da súmula: 13/01/2012.).

3 A legislação alterou os artigos. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Civil Brasileiro, passando a estabelecer que: “[...] mesmo quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será instituída a guarda compartilhada.”

O compartilhamento da guarda enquanto regra geral e, em consequência, a unilateralidade ser a via restritiva possibilita um novo paradigma nas dissoluções afetivas, principalmente, em razão de que a sua aplicação não mais depende do consenso entre os genitores. Justamente nessa linha é que se destaca a provocação no presente trabalho: a compulsoriedade enquanto direito da criança e não dos genitores. A aplicação coativa da guarda compartilhada – na esteira do que defendemos doutrinariamente⁴ – pode, outrossim, ser um meio de prevenção à reiterada prática de utilização dos filhos enquanto instrumento de vingança, que é caracterizada como alienação parental. Sua utilização serve, não apenas como um meio profilático, mas também, de obstáculo a uma prática alienadora já estabelecida.

Para Eduardo de Oliveira Leite:

[...] a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores. (LEITE, 2003, p. 282).

Com a edição da Lei n. 13.058, além de o compartilhamento ter se tornado a ser regra em nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, o magistrado, de acordo com a nova redação do

⁴ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: ROSA, Conrado Paulino da. *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*. Salvador: JusPodivm, 2018.

artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, em nosso sentir, somente poderá aplicar a guarda unilateral em casos excepcionalíssimos.

Nessa linha também foi publicada a Recomendação nº 25, de 22 de agosto de 2016, do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com o documento, em seu artigo 1º, sugere-se aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil.

No julgamento do REsp nº 1.626.495, em 15 de setembro de 2016, a Ministra Nancy Andrighi, destaca tal situação asseverando que § 2º do art. 1.584, do Código Civil estatuiu que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada.” De acordo com a Relatora, o texto legal irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada:

O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do infante (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).⁵

Patente, dessa forma, que a unilateralidade do exercício da guarda somente é possível em situações residuais. A primeira situação excepcional, prevista na codificação civil, encontrando-se

5 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC). IV. Recurso conhecido e provido. (REsp 1.626.495/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2016.).

ambos os genitores sem aptidão a exercer o poder familiar. Todavia, para que algum ascendente seja considerado inapto para o exercício da parentalidade, é imperiosa alguma manifestação judicial nesse sentido. Afinal, nos termos do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não existem perda nem suspensão de poder familiar que não sejam no devido processo legal.

A visitação dos filhos e a sua inadequação terminológica à luz da Doutrina da Proteção Integral

Independentemente da modalidade de guarda, será imperioso que – seja por acordo entre os genitores ou de forma imposta pelo juízo – seja determinado o período de convivência dos filhos com aquele genitor que não exerça a base de residência.

O tempo que a prole permanecerá na companhia do genitor e a determinação da divisão de feriados e de todos os detalhamentos que se mostram imperiosos foram tratados originariamente em nossa codificação civil, no art. 1.589, como direito de visitas.

Segundo a legislação, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge ou for fixado pelo juiz. Assim, tal definição poderia ser realizada em ação consensual ou litigiosa, cumulada ou outras ações (divórcio e dissolução de união estável, por exemplo, desde que seja tratada a questão da guarda e alimentos em conjunto).

Todavia, a expressão “visitas” passou a ser fortemente criticada à luz dos novos direitos apresentados pela Carta Magna de 1998. No art. 227⁶, além da enorme gama de direitos inerentes à

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

lógica apresentada pela Doutrina da Proteção Integral, o constituinte elencou, com absoluta prioridade, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária.

A convivência familiar, antes de ser um direito fundamental, é uma necessidade, pois é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade (FACHINETTO, 2009, p. 57-58).

Segundo Josiane Rose Petry Veronese e Helen Crystine Corrêa Sanches, o novo paradigma instaurado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, identificado como 'Doutrina da Proteção Integral', possibilitou repensar profundamente o sentido das legislações para a infância:

[...] transformando-as em instrumentos eficazes de defesa e promoção dos direitos humanos específicos de todas as crianças e adolescentes, indistintamente, independentemente de sua conduta, reconhecendo-lhes todos os direitos que têm os adultos e outros direitos específicos, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento. (SANCHES; VERONESE, 2016, p. 110).

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que consolidou a Doutrina da Proteção Integral no nosso ordenamento jurídico, repetiu no art. 4º o dever compartilhado entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

Ademais, o microsistema jurídico ainda apresentou, dentre a consolidação dos direitos de liberdade das crianças e adolescentes, participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação (art. 16, V, do ECA). Tais sujeitos, considerando o tratamento contemporâneo de pessoas em “processo de

desenvolvimento” (art. 15 do ECA), necessitam desse vínculo para a formação de sua personalidade e saúde psíquica.⁷

Além da inserção do parágrafo único no artigo 1.589 do Código Civil, para estender aos avós o direito de convivência, os Tribunais também têm consolidado novos direitos à convivência, entre eles a fixação de tal situação entre tios e sobrinhos⁸ e, também, entre irmãos unilaterais⁹ (aqueles que possuem em comum apenas um dos pais, popularmente chamados de “meios-irmãos”).

Com a sensibilidade que lhe é peculiar, leciona o Ministro Luiz Edson Fachin: “mais que fotos nas paredes, quadros de sentido (a família há de ser), possibilidades de convivência.” (FACHIN, 1999, o. 14)

Como já ressaltado, não se confunde direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças. (CARVALHO, 2012, p. 107)

7 Sobre isso: “A família se constitui em instituição primeira no cuidado, na administração de todos os componentes indispensáveis ao pleno desenvolvimento de sua prole.

Do mesmo modo, a sociedade e a comunidade em que a criança e o adolescente e sua família estão inseridos também devem assumir a sua proteção integral; cabendo ainda ao Poder Público, por todos os seus entes, seus órgãos e suas instituições, a implementação de políticas sociais, por meio de ações diretas, projetos ou programas que promovam o seu acesso e fruição dos direitos.” (VERONESE, 2017, p. 137).

8 AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Não havendo nos autos indicativos de que a visitação da tia paterna é nociva à criança, deve ser mantida a decisão monocrática que concedeu à tia o direito de visitação à sobrinha, em virtude do falecimento do pai da menina, irmão da agravada. Caso em que, em virtude da flagrante animosidade entre as famílias, deve ser parcialmente modificada a decisão para que a visitação seja efetuada junto ao Núcleo de Apoio à Família NAF. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO (*Agravo de Instrumento n. 70023407216*. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 12-6-2008.).

9Regulamentação de visitas. [...] Os irmãos, tal como os tios e avós, têm direito de visita, em relação aos menores, irmãos, sobrinhos ou netos, ainda que com amplitude reduzida. Embora não sendo titulares de pátrio poder, aos irmãos, pelos princípios que orientam o direito de família, pela solidariedade familiar, pelo interesse na formação da personalidade e do psiquismo do menor, deve ser assegurado, com limitação, o direito de visitas, em relação aos irmãos menores, ainda que unilaterais. Recurso provido em parte (TJRJ, *Processo n. 1995.001.07632*, 5ª CC, 9-4-2010).

Indo além sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, formas de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal.

Os laços de afetividade são alimentados pelo convívio. Assim, ganhando a convivência familiar *status* de fundamentalidade, de componente básico e intrínseco da dignidade humana, não pode ser esquecido por quem quer que seja (PEREIRA, 2013, p. 74).

Apesar disso, forçosamente muitas famílias experimentaram com o passar dos anos, o desatendimento de tal previsão por parte do Estado-Juiz. Inúmeras vezes, o atendimento do tempo de convivência do genitor não guardião com a prole restringia-se à mera “visita”, enquanto, como vimos, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito à convivência.

Do visitar ao “COM VIVER”: um novo olhar ao tempo dos filhos com cada um de seus genitores após as dissoluções afetivas

A fixação de singelos finais de semana alternados, como tradicionalmente fora realizado nas Varas de Família (se é que podemos considerar família o mero direito às escassas horas de um mês), importava em que um dos progenitores permanecesse ao lado de seu filho em apenas quatro dias, enquanto os demais vinte e seis eram vividos na companhia do guardião.

Esse ultrapassado modelo gerava, por certo, a formação de “pais recreativos” ou de *fast food* que, considerando o restrito tempo de convívio com o filho, muitas vezes faziam a criação de um mundo encantado em que todos perdiam: a) o não guardião que precisaria ter uma programação cultural e recreativa intensa, forçado a usar os poucos dias para fazer toda a programação que não consegue realizar com o filho nos demais dias do mês; b) perdia o guardião que, ao filho retornar para a casa depois de tantas atividades, por vezes gerava a sensação de que o genitor legal é o visitante, quando “faz

coisas legais”, e o titular da guarda realiza as funções “chatas” de cobrança de temas de casa, higiene, horário para dormir e necessidade de comer salada; e, por último, c) perde o filho, dividido entre dois mundos por escolha de seus progenitores e diversas vezes usado como “cabo de guerra” entre ambos.

Atentos a tais fatores, doutrina e jurisprudência passaram a aposentar o termo “visitas”, substituindo-o por “convivência”, até para justificar a postulação de um tempo maior de permanência da prole com o não guardião.

A nova redação do artigo 1.583 § 2º de nossa codificação civil, a partir da Lei n. 13.058/2014¹⁰, ao estabelecer que a convivência com os genitores será equilibrada, importa na impossibilidade da antiga fixação de “finais de semanas alternados”. Afinal, quatro dias para um dos pais em detrimento de outros vinte e seis de companhia da prole com o outro jamais poderão ser interpretados como “convivência equilibrada”, que passa a ser a lógica do sistema jurídico como forma de efetivação da Doutrina da Proteção Integral.¹¹

Mostra-se imperativa a manutenção da convivência com ambos os pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser, atribuído apenas ao guardião, pois os deveres e os direitos inerentes ao instituto, relativamente

10 Artigo 1.583 § 2º CC: Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

11 Sobre a efetivação da doutrina da proteção integral, imperioso referir as palavras de Josiane Rose Petry Veronese: “Todos temos consciência de que a lei por si só não opera mudanças ou realizações sociais. Ela é instrumento, é meio. Para que efetivamente esta lei não constitua “letra morta” faz-se continuamente necessária a constituição de mecanismos, de sistemas facilitadores de sua real aplicação, bem como a implementação de políticas públicas que garantam o acesso à educação, à profissionalização, à saúde, ao lazer, ao trabalho e salário justos.

Na construção de uma sociedade que efetivamente priorize a criança, todos somos responsáveis. É justamente por isso que a Constituição Federal visualiza um tripé de agentes asseguradores dos direitos da criança e do adolescente, quais sejam: a família, a sociedade e o Estado (art. 227, caput), o que é também repetido pela Lei n. 8.069/1990, em seu art. 4º. (VERONESE, 2017, p. 41).

aos filhos, não se extinguem com o divórcio do casal (PEREIRA, 2013, p. 90).

Embora exista a necessidade de decisão conjunta sobre as questões da vida da prole, a regulamentação da rotina de convivência pode permitir uma melhor organização para todos os envolvidos.

Na fixação do regime de convivência deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta dos dias, horários e locais de retirada, sempre pensando no melhor interesse da prole. Os horários devem atender ao conforto dos filhos e não dos genitores.

Algumas iniciativas vêm auxiliando a atualizar esse panorama, entre elas, a aprovação do Enunciado 605 das Jornadas de Direito Civil, durante a VII Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em Setembro de 2015, no sentido de que a “guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.”

Essa redação permite evitar o equívoco constante entre o exercício da guarda e do direito de convivência e, principalmente, alertar que qualquer que seja a forma de gestão da vida da prole – seja no viés restritivo da unilateralidade, seja no compartilhamento, que é a premissa geral – mostra-se impositiva a determinação precisa do período que as crianças e adolescentes passarão com o genitor que não detenha a base de residência.

No mesmo sentido, ainda durante a realização da VII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 603 das Jornadas de Direito Civil, asseverando que a “distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.”

Primeiramente, na mesma esteira do Enunciado 605 anteriormente analisado, o asserto almeja evitar a omissão da fixação do período com o genitor que não resida com o filho, fato este que, certamente, acarretará em desproteção da prole e a inevitável nova intervenção do Judiciário nesse núcleo familiar com

o escopo de, tardiamente, resolver aquilo que, na origem, já deveria ter disso determinado.

Em seguida, o Enunciado 603, alerta ao fato de que a convivência não poderá ser representada em uma divisão matemática do tempo do filho com o outro progenitor, sob pena de que se estabeleça, ao fim e ao cabo, uma perpetuação da confusão social do compartilhamento enquanto uma guarda alternada, que não possui previsão legislativa no Brasil.¹²

Importante consignar que mesmo em se tratando de infantes de tenra idade¹³ será possível tal aplicação, sem a necessidade de acompanhamento da genitora. Mesmo enquanto lactante é imprescindível que o genitor, quando não for o detentor da custódia física, tenha o direito estabelecido.

Ainda que, inicialmente, não se mostre possível o direito de pernoite durante a amamentação é possível que o pai passe dois turnos com o filho em um ou ambos os dias dos finais de semana, além de turnos do decorrer dos dias úteis.

12 Visando acentuar essa diferenciação, no mesmo evento, foi aprovado o Enunciado 604 das Jornadas de Direito Civil: “A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.”

13 AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. GUARDA DE FILHO MENOR (11 MESES). PRETENSÃO À VEDAÇÃO DE VISITAÇÃO PATERNA SEM ACOMPANHAMENTO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM O RECONHECIMENTO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO PEQUENO. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. RECURSO DESPROVIDO. (*Agravo de Instrumento Nº 70032010688*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 11/11/2009.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAÇÃO COM PERNOITE. A criança conta três anos de idade e não há, nas alegações da agravante, qualquer óbice para afastar o contato mais estreito com o pai, devendo ser mantido o pernoite em finais de semana alternados. O convívio do infante com seu genitor deve ser prestigiado, a fim de garantir a ambos a consolidação dos vínculos afetivos. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO DE VISITA. É de todo elogiável a decisão judicial que, acolhendo pronunciamento do Ministério Público, autorizou as visitas do recorrido ao enteado, com quem conviveu por vários anos. CONHECERAM EM PARTE E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (*Agravo de Instrumento Nº 70006766174*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2004.).

Esse comportamento ajuda a diminuir as inseguranças da mãe em relação ao cuidado do genitor com o bebê e, em uma escala progressiva, possibilitará o pernoite assim que existirem condições para a sua operacionalização.

Tendo como norte a utilização de meios autocompositivos no processo civil brasileiro, a regra geral para o estabelecimento do período de convivência, de modo completo e equilibrado entre os progenitores, poderá ser estabelecido por meio de sessões de mediação, nos termos do artigo 694 do Código de Processo Civil.¹⁴

Considerando que os encontros de mediação poderão ser realizados em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, como prevê o artigo 696 do diploma processual civil, a grande vantagem desse método é que, com o passar do tempo, os genitores poderão verificar – e testar – qual a melhor rotina a ser estabelecida aos filhos.

Todavia, mesmo em ações onde esteja caracterizado o litígio, tal aplicação não estaria afastada sendo, imprescindível, a atuação interdisciplinar como forma de auxílio aos genitores em conflito. Outrossim, nesses processos, mostra-se imperiosa a atuação atenta do representante do Ministério Público a fim de cumprir sua função institucional de proteção às crianças e adolescentes.

Considerações finais

A ruptura de um casamento ou de uma união estável, enquanto escolha em busca da felicidade afetiva dos integrantes da relação, paulatinamente, vem deixando de ser postergada em nome da prole – fator comum às gerações que nos antecederam, quer por imposição social, quer pela indissolubilidade do

¹⁴ Art. 694 do Código de Processo Civil: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

matrimônio ser permitida apenas em 1977 – passando a um status de bem maior, inclusive, aos filhos.

Não podemos esquecer o grande número de filiações decorrentes de relacionamentos eventuais aos quais, constantemente, os genitores sequer estabeleceram relação duradoura antes da concepção, sendo a rotina das Varas de Família buscar encontrar, também nessas situações, o ajuste das questões convivenciais das crianças e adolescentes com ambos os núcleos familiares.

O abandono da expressão “visitas” para se referir ao tempo que o filho passará com aquele genitor que não detém a sua base de residência vai além de preciosismo terminológico e busca, certamente, a proteção contemporânea do bem-estar psíquico e relacional àqueles a quem a Constituição Federal destina especial proteção.

O ato de visitar nos remete ao pensamento de algo protocolar, institucional ou formal. Remetendo ao saber popular, cada um de nós pode relembrar dos cuidados que vivenciávamos quando iríamos receber visita em casa quando éramos pequenos: os cuidados com a limpeza, com o que vestir e até com os “modos”, ou seja, com o comportamento em frente àqueles que estavam de passagem pelo lar.

A fim de não nos esquecermos os verdadeiros destinatários do direito em questão, o tempo de permanência do filho com o progenitor que não exerça a sua base de residência, independentemente de qual seja a forma de guarda, deverá ser estabelecido enquanto convivência.

De um mero visitar alçado ao “com viver”, por certo, estabelecemos uma rotina de coexistência, de elo e não de mera passagem, sendo um espaço de afeto que, certamente, requer intensidade e não apenas singelas horas com espaçamento quinzenal, como tradicionalmente visualizávamos no Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 nov. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. TJMG. **Apelação Cível nº 1.0024.09.704551-2/003 7045512-60.2009.8.13.0024**. (1) – Relator Des. Wander Marotta - Data de Julgamento: 06/12/2011 - Data da publicação da súmula: 13/01/2012. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0024.13.077602-4/002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. TJRJ. **Processo n. 1995.001.07632**. 5ª CC, 9-4-2010. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199500107632>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. TJRS. **Agravo de Instrumento n. 70023407216**. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 12-6-2008. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+n.+70023407216&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%03AD%03AS%03Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. TJRS. **Agravo de Instrumento Nº 70006766174**. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. TJRS. **Agravo de Instrumento Nº 70032010688**. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 11/11/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. TJSP. **REsp 1.626.495/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468438688/recurso-especial-resp-1654103-rj-2016-0279798-8/inteiro-teor-468438694?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito à convivência familiar**. In: IBIAS, Delma Silveira. Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais**. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: Da vara de menores à vara da infância e juventude. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016..

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**: Novo curso - novos temas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a construção doutrinária da criança-sujeito. In: OLIVEIRA, Francisco Cardozo et. Al. (org.). **Direito da Criança e do Adolescente e direitos da juventude**: o olhar da fraternidade. Curitiba: Prisma, 2017.

**A prática de *revenge porn* entre
adolescentes e as respostas jurídicas:
da promessa de proteção integral
às insuficiências das decisões judiciais**

*Fabiana Munhoz Souza*¹

*Rosane Leal da Silva*²

Introdução

O cometimento de atos ilícitos de caráter sexual historicamente tem vitimado mulheres e crianças, pessoas cujo gênero, idade ou compleição física sugerem maior vulnerabilidade em face do agressor, que se aproveita dessa condição para lograr seu intento. Ainda que essas práticas tenham raízes na própria sociedade patriarcal e sejam de difícil superação por contarem com o silêncio de quem é ofendido, a violência de gênero começou a ser enfrentada com maior visibilidade nos últimos anos, quando muitas vítimas saíram do anonimato em busca da punição do agressor.

A publicidade conferida a esses casos e a produção de investigações sobre o tema conduziram a inúmeros estudos,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana. E-mail: fabianamusouza@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa sobre proteção de adolescentes no ambiente virtual. Professora Associada do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com atuação nos cursos de graduação e mestrado em Direito. Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI-UFSM). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, registrado no CNPq (UFN). Email: rolealdasilva@gmail.br

contribuindo para a constatação da chamada “cultura de estupro”, como denominado por muitos pesquisadores, ou seja, a banalização do comportamento sexual violento do homem e a posterior culpabilização da vítima, que recebe a censura social.

Atualmente tal tema ganha maior complexidade, pois a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) confere roupagem inédita à histórica violência, a revelar novos comportamentos para o agressor, com profundas consequências para a vítima. Ao mesmo tempo em que são inegáveis suas potencialidades para difusão de informação e comunicação, é incontestável que seu uso também propiciou inovadores modos para a prática de atos de violência contra mulheres e adolescentes. Essa violência agora se apresenta revestida de maior sofisticação e objetiva prevalentemente atingir a imagem, intimidade e/ou a honra da vítima, configurando a denominada *revenge porn*, também chamada de pornografia de vingança³, tema analisado neste trabalho tanto em âmbito teórico e normativo, quanto jurisprudencial, o que será feito pelo emprego do método de estudo de caso.

Essa prática se constitui na divulgação não autorizada de imagens ou cenas íntimas de natureza sexual, cuja publicação na internet e compartilhamento em grupos de Whatsapp têm a finalidade de desvalorização da mulher/adolescente no meio social. Seu cometimento viola inúmeros direitos de personalidade de quem é indevidamente exposto, o que evidencia não somente a indivisibilidade desses direitos, como também coloca em discussão os mecanismos jurídicos à disposição da vítima e as respostas que obtém quando sua demanda é endereçada ao Poder Judiciário, conforme será enfrentado ao longo do texto.

1 As implicações da violência de gênero e o *revenge porn*.

³ Neste trabalho serão utilizadas ambas as expressões indistintamente, como sinônimas.

Vive-se em sociedades globalizadas e que recebem influências de outras culturas, informações e modos de vida que facilmente são divulgadas por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação, ferramentas que têm contribuído para profundas transformações na forma de ser e estar no mundo. Esses avanços tecnológicos e as mudanças em inúmeros costumes não foram suficientes, todavia, para que as bases de sustentação das sociedades patriarcais fossem superadas, o que resulta na manutenção de desigualdades entre homens e mulheres e na perpetuação de tratamento objetificante destinado a crianças e adolescentes, ambos ainda tidos como propriedades de quem detém mais poder na relação intersubjetiva.

Essa problemática fica bastante evidente quando envolve questões relacionadas à sexualidade, pois muitos homens tratam mulheres, crianças e adolescentes do sexo feminino como objeto do seu prazer, o que resulta nas mais variadas formas de desrespeito que, longe de resultarem da natureza humana, são consequência no modelo cultural desenvolvido, como explicado por Teles (2006, p. 37-38):

Conclui-se que a desigualdade não é fruto do acaso ou da natureza humana. Pelo contrário a desigualdade social foi criada, inventada e construída pela própria sociedade para atender a interesses de determinados grupos. [...] Buscamos mostrar como a hierarquia de gênero tem construído intelectual e sociologicamente as relações entre os sexos de modo a tornar o sexo feminino como um fenômeno menos importante ou apresentá-lo com características negativas.

Essa posição também é partilhada por Grossi (2015, p. 6), cujos estudos enfatizavam a violência cultural e sustentam que o problema não é gerado pelas diferenças biológicas entre os sexos, relacionando-se aos papéis que cada um deles ocupa em sociedades em que perdura a cultura essencialmente patriarcal.

Essa violência histórica liga-se à objetificação da mulher, algo presente também na discussão sobre a produção de pornografia, cujos corpos retratados notadamente são de mulheres, adolescentes e crianças do sexo feminino, material preparado e consumido majoritariamente por homens. O tema é difícil e controvertido, estando longe dos consensos, pois enquanto uma parcela de pesquisadores defende que a pornografia comercializada reflete um cenário de dominação e violência que reduz a mulher a instrumento do prazer e dominação masculino, reforçando-se no imaginário dos homens a agressividade e a sujeição do sexo oposto; em senda oposta há quem defenda o papel útil da pornografia que, segundo essa posição, contribuiria para afastar a visão puritana da mulher, conferindo-lhe liberdade de exercer plena e livremente sua sexualidade (BIROLI, 2014, p. 132).

Outro posicionamento que ainda perdura é aquele que associa o comportamento da mulher/adolescente com a violência praticada, como se sua postura ou seu modo de vestir justificassem a conduta violadora do agressor. Após a prática do ato a vítima, cuja intimidade, corpo e honra foram maculados passa a ser julgada pela sociedade, como apontado por Vigarello (1998 p. 19):

A vergonha, por exemplo, inevitavelmente sentida pela vítima, liga-se à intimidade imposta, à imagem que se oferece dela, à sua publicidade possível. Ela mobiliza o tema insondável da sordidez, o aviltamento pelo contato: o mal transpassa a vítima para transformá-la aos olhos dos outros.

Qualquer forma de violência é condenável, mas sua prática produz resultados ainda mais gravosos na vítima quando o fato envolve pessoas que anteriormente ao crime se conheciam e privavam de sentimentos de afeto e confiança. Nesses casos a violação revela a fragilidade dos laços afetivos especialmente quando, em função do término de relacionamento, um dos parceiros investe contra a honra do outro, divulgando fotos e imagens íntimas.

A liquidez das relações humanas, que se formam e dissolvem com impressionante rapidez, leva muitos casais de namorados ou cônjuges a terem rompimentos abruptos e intempestivos. Em muitos desses casos é comum os sentimentos de afeto mal resolvidos darem lugar à raiva e vingança, pois “Se não há uma boa solução para um dilema, se nenhuma medida aparentemente sensata e efetiva consegue fazer com que a saída pareça ao menos um pouco mais próxima, as pessoas tendem a se comportar de modo irracional” (BAUMAN, 2003, p. 31).

Esse comportamento raivoso e irracional pode se constituir num dos motivos que levam à exposição não consentida de fotos íntimas com conteúdo sexual explícito, prática denominada “*revenge porn*”. O termo não surgiu no Brasil, mas passou a ser adotado no país e nas pesquisas científicas desenvolvidas, sendo empregado nos casos em que as imagens são obtidas em função da existência de relação anterior e, posteriormente e sem autorização, são divulgadas a terceiros, como se depreende da explicação abaixo:

O referido delito decorre do fato de que os vídeos e fotos sensuais gravados na intimidade do casal são compartilhados na internet para causar humilhação pública a uma das partes. Assim, as vítimas são expostas a um linchamento moral dentro e fora das redes, e os agressores, por vezes, ficam preservados pelo anonimato virtual. (PIALARISSI, 2015, p. 13):

Também pode se configurar a *revenge porn* nos casos em que não há relação afetiva prévia entre ofensor e ofendida, pois para sua configuração basta a ocorrência de divulgação não autorizada de imagens ou vídeos com conteúdo íntimo e sexual. Essas imagens tanto podem ter sido capturadas com o consentimento e participação da vítima quanto podem ter sido obtidas por outro meio, sem sua ciência. Para o estudo em questão optou-se por investigar os casos em que a prática é precedida de relacionamento afetivo (namoro) entre o autor da violência e a vítima, mas não se ignora que o infrator pode agir impelido por

outras razões além do sentimento de vingança, como explicado por Bedin Sander (2015, p. 47-48):

Apesar de muitos casos partirem de uma exposição por parte de um dos envolvidos no relacionamento, há diversos motivos que levam à divulgação por pessoas que sequer conhecem a vítima: o entretenimento, o desejo de notoriedade, ou simplesmente o ato de divulgação de forma não premeditada e irresponsável.

De fato, ao ampliar a análise sobre as causas que podem explicar a prática de *revenge porn* pode-se chegar a questões interessantes e até mesmo preocupantes, especialmente quando a vítima é adolescente. Neste caso, a divulgação feita pelos outros internautas que curtem ou compartilham o conteúdo revela o descaso da sociedade com a defesa desses sujeitos, merecedores de cuidados e proteção integral.

Outra questão que ronda a definição do termo diz respeito aos sujeitos que são ofendidos. O alvo específico dessa violação não precisa necessariamente pertencer ao gênero feminino, ao tempo que também não exige que o autor da violação seja homem. Ocorre que o envio de conteúdo de cunho sexual de ex-parceiros e ex-namorados usualmente visa à valorização pessoal do sujeito que “publica” e visa a promover a depreciação de quem é exposto, tendo usualmente a vítima como mulher.

Esse assunto alcançou gradativa notoriedade, tanto em razão de o feminismo ter se promovido como pauta social quanto em decorrência do crescente uso das tecnologias da informação e comunicação. O uso dessas ferramentas amplia a disseminação instantânea do conteúdo e facilita sua hospedagem, além de perpetuar a vergonha e o constrangimento da vítima, que perde a autodeterminação informativa sobre o conteúdo divulgado.

A confluência desses fatores e as notícias sobre o crescimento desse comportamento entre adolescentes evidenciam a atualidade da discussão, especialmente em razão da violação dos

direitos de personalidade das vítimas, tutelados constitucionalmente, conforme se verá na sequência.

2 A violação de direitos de personalidade das adolescentes.

O desenvolvimento tecnológico e as novas formas de interação social originaram ambiente propício para a auto-exposição, o que leva alguns autores a sustentarem que muitos internautas passam grande parte de seu tempo produzindo um verdadeiro *show do eu* (SIBILIA, 2008). Essa exposição torna os direitos de personalidade bastante vulneráveis, o que tanto pode ocorrer em razão do próprio comportamento espontâneo e aparentemente inofensivo do titular dos direitos, quanto pode resultar de intervenção de terceiros.

O conteúdo postado, curtido e compartilhado nas redes sociais ou enviado em aplicativos de mensagens tem alcance ilimitado, propagando-se instantaneamente e de maneira incontrolável. Neste contexto, tanto o ofensor quanto o ofendido perdem o controle sobre o que foi postado, num fenômeno novo que se denomina perda da autodeterminação informativa.

A perda do controle sobre os fluxos informacionais pode ser absolutamente negativa para a titular dos direitos, como ocorre nos casos de *revenge porn*, com potencial para produzir impactos em âmbito pessoal e social. Nesse caso, o autor que almeja atingir os direitos da personalidade da vítima o faz pela exposição de suas imagens íntimas, fato que atinge diversos direitos fundamentais, a começar pela intimidade.

Ao tratar da proteção da vida privada, intimidade e honra, Barroso (2008, p. 96), lembra que “A constituição de 1988 abrigou essas ideias, proclamando a centralidade da dignidade humana e dedicando dispositivos expressos à tutela da personalidade”. Trata-se de direitos subjetivos que se ligam à natureza humana e se revestem de grande importância, não podendo ser arbitrariamente atingidos, quer essa agressão parta do Estado, quer resulte da ação

de outros particulares, pois o respeito aos direitos fundamentais alcança todos os atores.

Quando os direitos expostos têm como titulares crianças e adolescentes a atuação em favor desses sujeitos precisa ser mais intensa, o que se deve à adoção, no Brasil, da doutrina da proteção integral. Com efeito, o país antecipou-se à própria Declaração Universal sobre os Direitos da Criança de 1989 (COMISSÃO..., 1989) e introduziu seus princípios na Carta Política de 1988, o que culminou na redação do art. 227, da Constituição Federal de 1988.

A partir desse momento o país se compromete a assumir posição política e jurídica de primazia da infância e adolescência, competindo à família, sociedade e Estado promover direitos e prevenir danos. Trata-se de um importante sistema de atuação compartilhada entre todos os atores com vistas à formação integral de infantes e adolescentes, o que por certo abrange o desenvolvimento dos direitos de personalidade, contemplados em seara constitucional no art. 5º; previstos expressamente na Lei 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), bem como regulados em capítulo específico do Código Civil, disposto a partir do art. 11.

Ainda que se reconheça a amplitude do seu conteúdo e a necessidade de serem tratados de maneira indivisível, pois a violação de um pode conduzir a vulnerabilidade de outro, para fins didáticos será conferido mais atenção àqueles direitos mais fortemente impactados, como a intimidade, imagem e honra. Ao tratar do embricamento entre os direitos de personalidade, Sampaio (1998, p. 376-377) faz uma correlação entre os direitos à intimidade e à imagem, aduzindo que existe entendimento doutrinário segundo o qual este seria um desdobramento daquele, ao ponto de se compreender o direito à imagem como o direito à reserva e resguardo do eu, abrindo-se ao titular o poder de limitar o que será tornado público.

A publicação de imagens exige prévio consentimento da pessoa fotografada ou filmada, conforme se depreende do teor do

art. 20⁴ do Código Civil, dispensando-se tal consentimento em casos específicos para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública (BRASIL, 2002). Quando se trata de crianças ou adolescentes a proteção é ainda maior, pois esses sujeitos em desenvolvimento são merecedores de especial respeito que, de acordo com o art. 17, da Lei 8.069, de 1990 abrange a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, com a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

O Estatuto contempla vários dispositivos que incorporaram o respeito como categoria jurídica, o que tanto permite seu diálogo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, quanto estabelece conexão com o texto constitucional. Essa aproximação é feita pelo respeito à integridade moral a partir de sua ampla compreensão o que, segundo Veronese (1999, p. 121) abarca “[...] o direito à intimidade, direito ao segredo, direito à honra, direito ao recato, direito à imagem, direito à identidade pessoal, familiar e social”.

O entrelaçamento entre esses direitos, tão caros ao livre e completo desenvolvimento da personalidade, pode ser observado nas palavras de Beltrão (2005, p. 124), para quem

A imagem não é sinônimo de fama ou honra, como às vezes se entende pelo uso popular; contudo, a defesa do direito a imagem não se trata simplesmente da preservação física do corpo retratado, pois o corpo é conteúdo do direito à identidade física. O bem imagem consiste da reserva ou preservação da reprodução física da pessoa, em face da defesa da sua intimidade ou honra ali envolvidos.

⁴ Art. 20, CC. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Resta claro, portanto, o entrelaçamento dessas dimensões. Ao tratar da honra cabe lembrar que esse direito liga-se à respeitabilidade da pessoa, relacionando-se com a forma como ela é vista e considerada pelos demais membros da sociedade. Em casos de pornografia de vingança esses atributos são lesados pela exposição, o que acaba por causar repercussão negativa sobre a vida e aceitação social. Segundo Castro (2002, p. 07)

Pode-se dizer que o direito a honra é vulnerável quando revelados atos, vícios ou defeitos de seu titular que os façam desmerecer ante a consideração que ele tem por si mesmo e coloquem a pessoa em uma situação de inferioridade com relação ao respeito que os outros lhe devem ter.

Os argumentos até aqui desenvolvidos com supedâneo nos dispositivos legais permitem afirmar que apesar de ser importante a conceituação e separação didática de cada um dos direitos de personalidade, é essencial que sua compreensão e aplicação ocorram a partir de abordagem uma. Essa indivisibilidade se justifica pois no plano prático a vítima suporta o dano em sua completude, ou seja, em todas as dimensões de sua vida, já que a exposição à intimidade e à vida privada pela publicidade de fotos com conteúdo sexual atingem também sua imagem e honra, tanto objetiva quanto subjetivamente consideradas. A amplitude do dano confere à ofendida a possibilidade de buscar distintas alternativas, todas albergadas na legislação, conforme será visto na sequência, a partir do diálogo de fontes que será proposto.

3 As alternativas jurídicas que se apresentam à vítima de pornografia de vingança: o necessário diálogo de fontes.

A prática da pornografia de vingança pode ensejar diferentes respostas jurídicas, a depender das providências que sejam buscadas pela vítima. Nesse sentido, há distintos diplomas legais que podem ser utilizados na defesa de quem foi ofendido e tudo

depende dos objetivos visados. Essa pluralidade de respostas impõe que os juristas estejam não somente atentos à legislação específica da infância, mas sejam capazes de realizar verdadeiro diálogo de fontes, colocando em análise diplomas legais distintos, o que longe de fragilizar o direito da infância, irá conferir pluralidade de alternativas, ampliando as chances de obtenção de resposta mais adequada ao tipo de violação.

Usualmente a pessoa cujas imagens íntimas foram violadas busca a indenização dos danos morais, o que no caso dos adolescentes dependerá do ajuizamento da ação de reparação civil mediante a representação ou assistência da adolescente vitimada. Outra resposta possível é a busca pela responsabilização infracional do autor do ato, situação que poderá culminar na aplicação de medida socioeducativa caso o comportamento do ofensor, também menor de idade, seja considerado ato infracional.

Apesar de essas opções serem as mais procuradas pelas ofendidas, o que justificará sua análise mais detalhada, há outras alternativas que a vítima de *revenge porn* pode utilizar, dentre elas a retirada do conteúdo indevidamente divulgado, o que poderá ser feito com fulcro no artigo 14, da Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet (MCI). Esta legislação, elaborada a partir de intenso processo de discussão coletiva realizada em plataforma criada para este fim na própria internet, constitui-se na primeira lei brasileira a regular os direitos e deveres dos cidadãos que se utilizam dessa tecnologia. Sua finalidade não é tipificar condutas, mas estabelecer as premissas básicas do uso dessa tecnologia tanto nas interações entre os internautas, usuários particulares, quanto nas relações jurídicas entre estes e as empresas que atuam no segmento (BRASIL, 2014).

O Marco Civil da Internet prevê, em seu art. 3º, inúmeros princípios para o funcionamento da internet, com destaque para quatro deles, que servem de sustentáculo para a legislação e cuja harmonização demanda atenção constante: a) liberdade de expressão, b) privacidade dos usuários, c) neutralidade da rede e d)

inimputabilidade das empresas (provedores), que não podem ser responsabilizadas por conteúdos publicados por terceiros (BRASIL, 2014).

O direito à privacidade é regulado nos arts. 7º e 8º do MCI e, segundo o que se depreende da redação do inciso I, deve-se garantir ao internauta a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014).

Especificamente quanto à divulgação de imagens de caráter íntimo e cenas de nudez, típicas da pornografia de vingança, merece destaque o disposto no art. 21 desta legislação (BRASIL, 2014):

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Assim, caso a vítima deseje a retirada do conteúdo, basta enviar ao provedor de aplicação uma notificação expedida por seu representante legal, na qual indicará o link onde está o material cujo acesso deseja tornar indisponível. A gravidade da exposição, neste caso, dispensa o ajuizamento da ação judicial, constituindo-se em exceção prevista no MCI, pois nos demais casos os provedores somente tornarão indisponíveis os conteúdos após a determinação judicial.

Caso a vítima não se satisfaça somente com a indisponibilização do acesso ao conteúdo e vise a uma resposta mais gravosa ao ofensor poderá lançar mão da ação de reparação civil. Neste caso, deve-se ter em conta que a matéria é regulada pelo Direito Civil e que o Código Civil de 2002 adotou um modelo híbrido de responsabilidade civil ao contemplar duas espécies: a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

A primeira está prevista no caput. do art. 927 e tem como principal fonte o ato ilícito disposto no 186 do mesmo diploma legal. Nesta tradicional espécie a responsabilização decorre de ação ou omissão dolosa ou de comportamentos que afrontem os deveres legais de prudência e cuidado, denominada culpa *stricto sensu*, elemento subjetivo a ser comprovado pela vítima. Ao lado da responsabilidade subjetiva emerge a segunda espécie, denominada objetiva ou derivada do risco, prevista no parágrafo único do art. 927, espécie que dispensa a presença de culpa, importando apenas a comprovação dos demais pressupostos, quais sejam a ação, o dano, onexo causal, a situação de risco ou expressa previsão legal.

Considerando que os casos de *revenge porn* não envolvem atividade de risco por se tratar de ofensa à honra e à imagem da vítima, perpetrados por um particular, enquadram-se na modalidade clássica de responsabilidade civil aquiliana subjetiva. Disso decorre que a vítima precisa comprovar a ação ou omissão do autor da conduta, seu dolo ou culpa, o dano experimentado e o nexocausal entre o antecedente e o consequente. Comprovados os requisitos, o autor da divulgação ou da ameaça de exposição será responsabilizado por ter agido intencionalmente ou por não ter tido cautela com o conteúdo íntimo a ele confiado. Ao tratar dessa clássica espécie de responsabilidade civil, Cavalieri Filho (2014, p.32) ensina que:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu

agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

A adoção dessa espécie de responsabilidade dificulta a situação da vítima, pois cabe a ela a comprovação da intenção ou culpa de quem divulgou a imagem, o que nem sempre é tarefa fácil. Outro aspecto que se observa é a possibilidade de redução proporcional da reparação levando-se em consideração o grau de culpa do ofensor, pois o legislador brasileiro acolheu, no parágrafo único do art. 944, a tese que permite a redução proporcional do quantum indenizatório quando o agente que praticou a conduta lesiva agiu com culpa leve. Este dispositivo deve ser aplicado com redobrado cuidado por parte do julgador, especialmente quando houver resultados graves à pessoa, pois em casos de danos pessoais

[...] não se deve determinar a redução, pois um outro *topoi* deve ser considerado, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, a ser analisado em seguida, com o valor incomensuravelmente superior em relação a qualquer montante patrimonial por maior que seja a sua expressão econômica. (SANSEVERINO, 2010, p. 107)

Uma vez realizada a prova do elemento subjetivo, a discussão será centrada nos resultados danosos produzidos na vida de quem teve sua intimidade, imagem e honra atingidas, o que deve atender ao princípio da reparação integral, previsto no art. 944.

Segundo Sanseverino (2010, p. 57), a indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo para que também não dê vazão ao enriquecimento injustificado. A correta atribuição do quantum indenizatório devem observar os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado, cuja extensão do dano deve oferecer os parâmetros concretos para a fixação da indenização.

Ao decompor o princípio da reparação integral é possível extrair três funções fundamentais: “a) a reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenizatória); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora)” (SANSEVERINO, 2010, p. 57).

Essas funções devem ser consideradas pelo magistrado no momento do julgamento, o que deve ser feito com cuidado redobrado quando se tratar de violação de direitos de personalidade de adolescentes. Nesse caso se configuram danos pessoais, já que são feridos bens jurídicos sem conteúdo econômico ou patrimonial, sendo usual a aplicação de danos morais em virtude da lesão aos direitos de personalidade, principal critério ensejador de sua aplicação. Tal dano é devido quando ocorre sofrimento pessoal ou uma perturbação mental de origem não patológica, desenvolvida a partir de determinado evento provocado por terceiro.

Segundo Santini (2002, p. 9), “Dano moral é, pois, aquele que diz respeito a lesões sofridas pela pessoa, de natureza não econômica, ou seja, puramente ideal. Tem estreita ligação com a dor moral ou física, com a privação moral de uma satisfação”. Na mesma linha argumentativa, Yussef Said Cahali (1998, p. 55) discorre sobre esse dano anímico e explica que

[...] dano moral é tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

No entanto, considerando o tipo de violação aos direitos e a condição da vítima (no caso, adolescentes do sexo feminino), podem ser reconhecidas outras espécies de prejuízos, como prejuízo sexual, materializado pela perda da capacidade de manter relações íntimas normais e o prejuízo juvenil, que ocorre quando em virtude da exposição, crianças ou adolescentes ficam privados de participar de atividades típicas de sua faixa-etária. Há, ainda, o dano à vida de relação, que ocorre quando a ação prejudica a forma como o titular do direito violado se relaciona consigo mesmo e com as demais pessoas (SANSEVERINO, 2010, p. ,261-280).

No caso da pornografia de vingança situações como exposição, descrédito e humilhações públicas são geradoras de danos morais, pois produzem desequilíbrios emocionais e sofrimento à vítima. Tais sentimentos não precisam ser comprovados, restando evidentes pela própria situação de exposição, o que justifica a aplicação do dano moral *in re ipsa* ou presumido, ou seja, aquele que dispensa a demonstração de dor ou sentimentos íntimos da vítima. Tal entendimento vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros e encontra-se consubstanciado no Enunciado nº 445 do Conselho da Justiça Federal⁵.

Em determinados casos é possível que sejam reconhecidas outras espécies de danos, como o dano existencial. Este compreende um conceito diferente e decorre de uma modificação prejudicial que incide de forma negativa nas relações do indivíduo, tanto em âmbito pessoal, quanto social. De acordo com Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 44):

É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

⁵ Enunciado 445 – Art. 927: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento

A pornografia de vingança pode gerar sofrimento profundo à vítima que, pressionada pela reprovação social, pode ser levada a desistir ou suspender parte do que antes realizava ou almejava conquistar, interrompendo o seu projeto de vida. Assim, em muitos casos o único meio de proteção possível é a exclusão do convívio social, o que ensejará o reconhecimento de outra espécie de dano extrapatrimonial ou pessoal: o dano existencial.

Apesar de sua possível aplicação, nem todos os casos ensejam seu reconhecimento, pois o dano existencial deve ser aplicado quando houver maior gravidade, com alteração no projeto de vida da vítima. Com efeito, é possível caracterizar o dano ao projeto de vida como uma violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. (PORTUGAL; PINHEIRO 2015, p. 10). Assim, ainda que tenham pontos em comuns o dano moral e o existencial apresentam origem totalmente diversa, sendo que aquele ganhou a primeira abordagem no Direito Peruano, enquanto o dano existencial tem berço europeu, provindo da Itália.

Apesar das correntes doutrinárias que têm a pretensão de dar margens mais delineadas entre os danos não patrimoniais, ainda existe certa tendência favorável à concepção de que o dano moral englobaria todos os outros, tornando prescindível a criação de novos institutos, o que muitas vezes se ratifica na jurisprudência. Sobre este aspecto, Jacqueline Sarmento Dias (2000, p. 30) defende a dinamicidade dos tipos de danos ao sustentar que “não podemos limitar os direitos da personalidade ao ordenamento positivo. O direito não se reduz a normas positivas, apesar da lei constituir sua maior expressão”.

Considerando a gravidade da lesão e da exposição, que pode conduzir a vítima até mesmo a tentar suicídio, torna-se essencial conferir a devida importância ao dano produzido, o que força a defesa da autonomia ao dano existencial.

Realizar a subdivisão correta dos danos extrapatrimoniais impõe ao magistrado uma maior possibilidade de aferição do dano

suportado em toda a sua integralidade, aproximando-se da demanda real do caso concreto. Reconhecer essa nova modalidade de dano é, também, uma possibilidade de maior proteção à vítima, já que um instituto não exclui necessariamente o outro, podendo aplicar-se cumulativamente o dano moral e o existencial, o que pode ser sustentado com base na redação do art. 944, do Código Civil, conforme se extraem das lições de Reis (2003, p. 3):

Considerando que o artigo estabeleceu uma medida indenizatória quando prescreve que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isto significa que o julgador deverá mensurar a extensão do dano. E a extensão, conforme o sentido preconizado pelo legislador, significa todo o espaço ocupado pelo efeito lesivo produzido pelo agente lesionador.

O trecho colacionado indica que a ofensa deve ser reparada em toda sua extensão, o que não se limita ao *quantum indenizatório*, mas provoca ao seu correto enquadramento. Nasce a necessidade de uma nova estruturação dentro da responsabilidade civil, para que o instituto possa envolver outras espécies de dano para além do dano moral, compreensão que permitirá a aplicação do dano existencial.

O dano existencial concretiza-se no comprometimento das ações e atividades antes executadas ou planejadas, surgindo quando em decorrência do dano a vítima deixa de fazer algo, passa realizá-lo de forma distinta ou em ambientes e cenários diversos. A origem dessa nova modalidade de responsabilidade civil se deu na doutrina italiana que, segundo Marli Aparecida Saragiotto Pialarissi (2015, p. 10) é aplicado quando quem sofre a lesão aos direitos de personalidade se vê

[...] privado de interagir com outras pessoas e situações, em decorrência do seu estado psíquico, se priva de compartilhar experiências e sentimentos. A vítima torna-se mecânica. A vítima tem a sua intimidade totalmente atingida, roubada, sequestrada.

Assim como há novas formas de realizar as ações por meio do uso de TIC, o que produz o agravamento de suas consequências, por certo também há que se pensar no alargamento dos conceitos e da extensão dos danos, o que justifica o reconhecimento da autonomia dos danos existenciais, conforme defendido por parte da doutrina, posição também seguida neste trabalho.

Deve-se considerar que nos casos envolvendo a prática de pornografia de vingança contra adolescentes usualmente o agressor também é menor de idade. Nesses casos, a responsabilidade civil em razão de praticar atos contrários ao direito recairá sobre os seus representantes legais, o que se deduz da dicção do artigo 932, I, do Código Civil. Este tratamento se justifica em razão de os menores de idade 18 anos de idade não terem imputabilidade em decorrência da ausência de maturidade, o que transfere a responsabilidade aos seus representantes legais.

Não obstante, em casos especiais o patrimônio do incapaz poderá ser atingido. Isso ocorrerá quando comprovadamente os representantes legais não dispuserem de condições para indenizar os resultados lesivos sem prejuízo da manutenção digna da família. Novamente aqui se evidencia o *topoi* privilegiado ocupado pela dignidade humana, já que a indenização a ser providenciada pelos pais ou representantes legais não pode atingir o mínimo existencial, o que justifica a transmissão desse dever, a ser suportado pelo patrimônio do incapaz.

No que concerne ao tratamento do fato no âmbito infracional, destaca-se que Estatuto da Criança e do Adolescente desde 2008 prevê, em seu artigo 240, que constitui crime “Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente”. Logo, o namorado que fotografa ou filma, sem consentimento da titular, imagens do relacionamento íntimo poderia enquadrar-se na conduta descrita no dispositivo.

A situação é ainda mais grave na *revenge porn*, pois aquele que obtém as imagens posteriormente as divulga a outros valendo-

se, para tanto, das tecnologias da informação e comunicação. Ao assim agir também configura a conduta do artigo 241, A, segundo o qual é crime “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, [...] fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

Em se tratando de tipificação penal deve-se destacar a recente alteração legislativa sofrida pelo Código Penal, promovida pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, segundo a qual passa a ser crime a importunação sexual, a divulgação de cena de estupro e cena de caráter sexual, conforme se depreende do artigo 218, C (BRASIL, 2018):

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

O teor dos dispositivos legais evidencia que se tutela a imagem, a honra e a intimidade, bens jurídicos atingidos quando as cenas de nudez ou pornografia são divulgadas (independentemente do meio utilizado pelo ofensor) sem autorização do titular. Ademais, o parágrafo único destina-se especificamente à conduta ao prever o aumento de pena para os casos em que a exposição é motivada pelo sentimento de vingança ou humilhação por parte de um dos integrantes de relação que

originariamente era de afeto, situação comum na pornografia de vingança.

Trata-se de legislação recente, cuja aplicação ainda não produziu jurisprudências. Em razão disso e da maior frequência dos resultados, na sequência serão evidenciadas algumas decisões judiciais em casos de *revenge porn* envolvendo adolescentes.

3 As respostas jurisdicionais em caso de *revenge porn* envolvendo adolescentes: é possível falar em efetivação da proteção integral?

A partir da indagação sobre a posição dos tribunais no reconhecimento de danos suportados pelas adolescentes vítimas de *revenge porn*, a seguir serão destacadas algumas decisões judiciais, o que envolverá tanto a esfera civil quanto a seara infracional.

Para esta investigação foram empregados os termos de busca “pornografia de vingança”, “pornô de vingança”, “conteúdo”, “íntimo”, “sexual”, “fotos”, “publicação”, “vazamento” “existencial” e “indenização”, utilizadas em combinações alternadas, selecionando-se os tribunais da **região sudeste** e sul para a investigação.

Constatou-se que o Rio Grande do Sul tem tribunal atuante quando se trata de ações indenizatórias pela divulgação de conteúdo privado e/ou íntimo. Demonstra estar atento para as graves repercussões geradas por esta prática, como se extrai de voto do Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva (2017, p. 9) que ao fundamentar a condenação em um recurso, se reporta a outros casos similares:

Cito como exemplo, o caso da adolescente, da cidade de Veranópolis/RS, que, em novembro de 2013, aos 16 anos, cometera suicídio após descobrir que o ex-namorado havia publicado fotos íntimas suas nas redes sociais. É justamente para coibir atitudes lesivas como estas, cuja prática já é denominada

“vingança pornô”, e evitar que casos como o dos autos se repitam, que o valor atribuído ao dano moral deve ser severo.

Aprofundando a discussão sobre o juízo de valores construído acerca da questão gênero, constata-se em que parte das decisões (minoritária, mas ainda preocupante), os votos dissertam sobre o nível de concorrência e a culpa da vítima, que não previra os resultados desastrosos no momento em que se deixou filmar ou que enviou o conteúdo. No mesmo sentido, as decisões referem a necessidade masculina em se exibir para o grupo, além de vincular os resultados à falta de prudência da vítima em enviar o conteúdo privado ao destinatário.

Essa linha argumentativa usualmente parte dos réus, cuja defesa pauta-se na tentativa de denegrir a imagem da pessoa exposta, com intuito de desincumbir-se da obrigação de indenizar. Não raro se encontram argumentos no sentido de que o conteúdo foi enviado pela vítima por autonomia, de livre escolha e, assim, deveria arcar com as consequências da divulgação. Tal argumento é pífio e não deveria ser acolhido, pois desconsidera o fato de que mesmo que o conteúdo tenha sido enviado pela adolescente, destinava-se ao namorado e não deveria ser divulgado a terceiros, comportamento que fere a boa-fé e a confiança existentes na relação.

Outro fundamento recorrentemente usado pelos réus é que as partes não teriam um relacionamento sério, constituindo-se em interação instável e efêmera. Ora, acolher esse argumento é o mesmo que admitir que há uma escala qualitativa entre as mulheres/adolescentes e aquelas que tenham consentido em praticar atos de natureza sexual íntima com seus namorados após curto lapso temporal não merecem ser respeitadas. Seria o mesmo que dizer que os direitos de personalidade podem ser violados em casos de relacionamentos efêmeros, o que seria verdadeiro absurdo pois sua proteção não se liga ao tempo de duração das interações sociais ou afetivas.

A situação piora quando se analisa a reprodução do conservadorismo dentro dos órgãos jurisdicionais. Nesse item é triste constatar que o Poder Judiciário muitas vezes se refugia em argumentações rebuscadas e supostas bases jurídicas para encobrir o moralismo que ainda povoa as decisões, como constatado na Apelação Civil nº 1.0481.08.088005-9/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2010). Este caso envolveu dois adolescentes, colegas de sala de aula que mantiveram um namoro cujo rompimento culminou na publicação de imagens íntimas da ex-namorada.

A menina ajuíza ação de reparação civil e narra que após três meses de namoro manteve relações sexuais com o réu e que, certa vez, este lhe pediu para gravar um vídeo do momento íntimo do casal. Afirmou tê-lo prontamente negado, porém o jovem disse que já havia realizado uma gravação anterior, sem que a namorada soubesse e que, se ela não consentisse na realização de novo vídeo mostraria as filmagens anteriores para os seus pais.

A vítima sustentou que, premida pelo medo gerado pelas ameaças concordou realizar tal gravação, contudo pediu para que depois o material fosse deletado, o que lhe foi negado. Tão logo obteve a nova filmagem o namorado lhe confessou que não existia o primeiro vídeo. Após o término do namoro, no início do ano de 2008, a adolescente tomou conhecimento de que o ex-namorado estava mostrando o vídeo para colegas de escola, além de repassá-lo a terceiros, o que acabou culminando com sua veiculação na Internet. Além da ação civil, os fatos deram ensejo ao procedimento para apuração de ato infracional, ao longo do qual o requerido acabou admitindo sua culpa.

O dano existencial fica claro nos trechos onde a vítima revela que a divulgação do vídeo lhe causou grande constrangimento, pois ela teria virado motivo de brincadeiras, piadas e trotes dentro e fora do ambiente escolar, o que lhe obrigou a transferir-se para outra escola. Narrou que em razão do vídeo não foi aceita em

algumas instituições de ensino, sendo obrigada a matricular-se em escola particular.

O julgado evidencia que a menina submeteu-se a tratamento psicológico contínuo em virtude do fato e que relatou que tem medo de sair de casa em razão das constantes chacotas que não cessam desde o ocorrido. A sentença condenou o réu ao pagamento de R\$ 50.000,00 e, buscando diminuir o valor, o réu apelou.

Ao analisar a resposta jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais chama atenção a manifestação do Desembargador Batista de Abreu, relator do caso, pela sua evidente incompreensão do Direito da Criança e do Adolescente, perceptíveis no voto (MINAS GERAIS, 2010 p. 15-16):

Ao manter a relação sexual com o réu, menor, a autora, também menor o fez conscientemente, sabendo o que fazia. Não foram imagens roubadas, feitas sem o seu consentimento. Aliás, tem-se notícia que fez até pose erótica para a câmara. Sabia o que estava fazendo como também sabia o que estava fazendo o seu namorado. Quem enfia o braço em uma jaula com fera sabe do risco de ser ofendida e mutilada. Ao posar para as fotos ou filmagem sabia do risco de tê-las na internet. Ninguém filma suas relações sexuais com poses eróticas no celular de outra pessoa não o faz para tê-las consigo. Concorreu a menor eficazmente para que suas fotos ou filme fossem divulgados. Foi algoz do martírio dos pais. Aliás, não são mártires coisa alguma porque a filha é fruto da educação que lhe foi dada. E foi a própria filha quem os envergonhou. Deveriam cobrar dela a indenização pelo vexame.

Avançando em seus argumentos, claramente violadores do Direito da Criança e Adolescente, o desembargador afirma que “todo e qualquer sofrimento da moça é consequência de seu ato e traduzido em vergonha, em arrependimento” vai além em suas ponderações moralistas ao dizer “queiram ou não a sociedade é machista. A mulher é caça e o homem é caçador. Mudar tal conceito, invertendo-o, piora a imagem da mulher”. (MINAS GERAIS, 2010, p.16)

Felizmente essa visão machista, moralista e violadora dos direitos da criança e do Adolescente não prosperou, sendo vencida por dois votos. Ao expor sua posição contrária o Desembargador Otavio Portes discordou frontal e abertamente da linha de pensamento defendida pelo colega ao culpabilizar a vítima, ridicularizada socialmente:

Está claro nos autos que o comportamento do réu causou danos morais à autora, estando evidenciado o dever de indenizar. Note-se que apesar de ambos os litigantes serem adolescentes à época dos fatos, agiu o réu com crueldade ao expor a intimidade do casal depois do término do namoro com a autora. O certo é que a autora, enquanto namorada do réu, confiou cegamente no namorado, entregando-lhe seu corpo e seus sentimentos, jamais imaginando que teria sua intimidade exposta perante os colegas da escola e toda a comunidade Patrocinese. (MINAS GERAIS, 2010, p. 17-18)

A Apelação Cível nº 1.0481.08.088005-9/001 manteve a sentença no que se refere ao quantum indenizatório a título de dano moral, modificando-a, no entanto, ao excluir os pais do adolescente do polo passivo da ação.

O desfecho do caso confere algum alento à vítima, posto que condenou o ofensor à reparação do dano moral. Não obstante, totalmente dispensáveis os argumentos lançados pelo Desembargador relator do caso, cujo moralismo produz nova vitimização à adolescente cuja intimidade foi exposta. Ademais, o fato de os pais do autor da ofensa terem sido excluídos do polo passivo muito possivelmente impeça a reparação da ofendida, pois em geral os adolescentes e jovens não dispõem de meios próprios para a reparação da vítima.

Situação fática similar ocorreu na comarca de Bagé (Rio Grande do Sul), local onde dois adolescentes participaram de gravação e divulgação de cenas de ato sexual. Os dados foram retirados do Recurso de Apelação nº 70067503557, julgado pela

Nona Câmara Cível em 19 de outubro de 2016 (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Neste caso, a vítima era T.F.S. relacionava-se com um dos réus, identificado por L. e, durante o namoro, deixou-se filmar em cenas íntimas de natureza sexual, cujas imagens ficaram no celular do então namorado. Logo após a ruptura, o ex-namorado L. postou as imagens na Internet (nos sites do YouTube e no Facebook), fato não confirmado pelo réu, cuja defesa ampara-se na versão de que L. emprestou o aparelho a um amigo e, este, de maneira não autorizada pelo proprietário do equipamento e sem seu consentimento, teria divulgado as imagens. Esta versão também foi sustentada pelo padrasto de L. ao realizar o registro de ocorrência policial. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Conforme é narrado no recurso, a menina ainda teria sido vítima de violência física, já que L. a teria agredida no momento em que ela foi buscar informações sobre a divulgação de suas imagens (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 11).

Como é bastante frequente nesses casos, aqui também houve clara tentativa de desqualificar a conduta e o comportamento da vítima, atribuindo-lhe a responsabilidade e a culpa pelo ocorrido. Para cumprir este desiderato a defesa de L. sustentou que ela tinha “moral diferenciada” e aberta, já que se deixou filmar naquelas circunstâncias, sabendo do risco que corria de as imagens serem divulgadas. Dentre outros ataques, sustenta que a autora da ação de reparação civil não possui amor próprio e que ela é que deveria indenizar os réus, pois teria incorrido na prática de calúnia e difamação. Nessa lógica argumentativa, a adolescente cujas fotos foram divulgadas desautorizadamente passava de vítima à ré, devendo indenizar o ex-namorado e seu amigo (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 6).

Portanto, os argumentos lançados pela defesa de L. desqualificam a vítima e a ofendem, tratam-na como alguém “sem amor próprio”, “que alardeou o fato para a toda a cidade”, difamou e injuriou L., este sim verdadeira vítima. Felizmente tais

argumentos não foram acolhidos e o réu foi condenado ao pagamento de danos morais, afastando-se a concorrência de causa da vítima, conforme asseverado na Apelação Cível em comento (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 15):

A outro turno, o fato de a autora ter se deixado filmar em cena íntima pelo ex-namorado não lhe conferia o direito de divulgar a terceiros e muito menos permitir que circulasse na internet a gravação contendo a cena sexual.

Ao assim agir o demandado praticou ato ilícito de intensa reprovabilidade, dando margem ao acolhimento do pedido de compensação por danos puramente morais, que a situação torna presumíveis, dispensando demonstração.

Em situações tais os danos morais se presumem, verificam-se “in re ipsa”, decorrem da força dos próprios fatos, pouco importando inexistir prova do efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso.

A gravidade do fato e de suas repercussões são indiscutíveis, pois a vítima T., tentou suicídio mais de uma vez após o evento, sofreu *bullying* no ambiente escolar, foi transferida de escola, o que acabou culminando em sua reprovação. Não obstante, esses impactos negativos e a elevada gravidade não foram capazes de levar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a reconhecer e aplicar o dano existencial no presente caso, culminante apenas na condenação de L. à reparação civil no valor de R\$ 15.760,00, aplicados a título de danos morais (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 20-21).

A análise da decisão permite verificar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) não emitiu juízos de valor moral e não atacou a vítima, como no caso anteriormente narrado, proveniente de Minas Gerais. Igualmente não foram acolhidos os argumentos do réu de concorrência de causas, o que já é positivo.

O ponto de crítica, no entanto, fica para o valor quase irrisório da condenação, a evidenciar que o TJ/RS não ponderou

adequadamente as graves consequências que o fato produziu na vida da vítima, levando-a a sucessivas tentativas de suicídio, o que por si só demonstra intenso (e talvez irreversível) sofrimento.

A vergonha sofrida resta evidente, tanto a torna vítima de *bullying*, algo tão sério que determinou a mudança de escola. Todos esses acontecimentos demonstram marcas profundas na existência da adolescente, o que não foi adequadamente analisado, posto que concedido valor bastante insignificante, sem menção aos danos existenciais.

A decisão parece ignorar que se trata de vítima em fase peculiar de desenvolvimento, o que se revela um profundo *déficit* no que tange à correta aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, já que a decisão em nenhum momento se fundamenta em obras específicas da área, havendo somente uma rápida alusão ao Estatuto, o que é feito quando mencionado que o autor da exposição também respondia por ato infracional ao ter configurado a conduta descrita no artigo 241B.

Não foi somente neste caso em que o autor da divulgação também foi enquadrado pela prática de ato infracional. Essa situação também foi discutida na Apelação nº 70077084192, julgada pela Nona Câmara Cível, tendo como apelante G.E.M. Neste caso o ofensor foi condenado e se insurgiu contra a sentença que lhe aplicou a medida socioeducativa de seis meses pela prática de condutas descritas nos artigos 241-A e art. 241-B c/c art. 103, todos da Lei n.º 8.069/90. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

A decisão em primeira instância é oriunda da Comarca de Alvorada e foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 19 de julho de 2018. O caso que originou a conduta é muito similar aos demais, sendo que vítima e ofensor mantiveram relacionamento amoroso, ao longo do qual a vítima, com 15 anos de idade à época, enviou fotos nuas para o ofensor. Após o término do relacionamento houve a divulgação das imagens (RIO GRANDE DO SUL, 2018, p.5).

Repetiu-se a estratégia padrão dos réus e este adolescente também investiu na tentativa de desqualificar a vítima, afirmando que não foi ele que realizou a divulgação, pois ela teria enviado imagens também a outros homens e as divulgado a outras pessoas. Essas teses não foram acolhidas, considerando-se inverossímil o argumento de que a própria adolescente teria provocado sua exposição, especialmente ante as consequências gravosas que recaíram sobre si.

A análise desses elementos por parte dos desembargadores conduziu à manutenção da decisão que aplicou a medida socioeducativa de prestação de serviços por 6 meses, negando-se provimento ao recurso.

Em tal caso a consequência foi gravosa também para o adolescente que divulgou as imagens, a evidenciar a vulnerabilidade tanto da ofendida quanto do ofensor. É negável que os adolescentes mantêm relacionamentos sexuais cada vez mais cedo e que suas formas de interação sociais, afetivas e sexuais são fortemente impactadas pelo uso das tecnologias. De igual forma, constata-se a repetição dos comportamentos realizados pelos adultos, tanto da menina, que se deixa filmar ou é coagida a tal situação, quanto do adolescente agressor, que ao término do relacionamento repete o comportamento do homem, reproduzindo o machismo doentio que quando não mata, degrada moralmente sua ex-namorada.

Ainda que não seja desejável em face do estágio de desenvolvimento, muitos adolescentes têm sua iniciação sexual antecipada e junto com essa prematura inserção no mundo adulto passam a também enfrentar novos problemas, dentre eles a pornografia de vingança ou *revenge porn*, realidade que não pode ser ignorada. As respostas, até então ofertadas, são tardias e não enfrentam adequadamente o tema, sequer realizando o necessário diálogo de fontes, conforme demonstrado nas decisões colacionadas.

Considerações finais

O estudo realizado demonstrou que a utilização das tecnologias da informação e comunicação permite que determinados temas clássicos, como a violência de gênero de caráter sexual, assumam novas roupagens. Tal tem ocorrido com a pornografia de vingança, denominada de *revenge porn*.

A pornografia de vingança assume especial interesse quando a prática é dirigida contra adolescentes, expondo-as à situação de constrangimento e humilhação social pela divulgação de imagens de nudez e de vídeos de cenas íntimas. Este comportamento viola os artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preservam os direitos fundamentais desses sujeitos em peculiar fase de formação.

A gravidade dessas condutas origina uma série de danos, especialmente de caráter extrapatrimonial, o que sugere a necessidade de ampliar e melhorar as formas de enfrentamento, reconhecendo-se o dano existencial. Apesar da abertura normativa pela adoção, no Brasil, do princípio da reparação integral, contemplado no art. 944, do Código Civil brasileiro e do reconhecimento doutrinário que essa espécie de dano tem recebido, não se percebe sua aplicação nas demandas judiciais que foram propostas pelas adolescentes vitimadas. Tal carência aponta para a insuficiência da atuação dos juristas, tanto quem propõe as ações, que não provoca adequadamente o Poder Judiciário, quanto por parte deste Poder, cujas respostas jurisdicionais usualmente se mostram carentes de fundamentação capazes de apreender toda a complexidade que o caso encerra.

Pior do que essa insuficiência ainda são os resquícios de um moralismo rançoso e aviltador dos direitos de crianças e adolescentes, refletidos em argumentos que não têm pudores em julgar moralmente o comportamento da vítima, atribuindo-lhe a condição de “caça” e colocando-a como responsável pelo dano sofrido. Tais argumentos não só desrespeitam a legislação

estatutária e as normas internacionais, como revelam a incapacidade do julgador em promover o diálogo das fontes.

Com efeito, o enfrentamento de temas desse jaez deve ser pautado pelo princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, expressos na Convenção Internacional sobre os Direitos da criança, alçados a princípio constitucional pelo disposto no art. 227 da Constituição Federal, de onde irradia as principais diretrizes orientadoras do Estatuto da Criança e do Adolescente. A utilização das tecnologias da informação e comunicação, por sua vez, impõe um novo olhar sobre a violência de gênero, devendo ser reconhecido que o conteúdo divulgado tem rápida propagação e dificilmente será integralmente removido do ambiente virtual, fatores que ampliam e perpetuam o sofrimento da vítima. Logo, essas variáveis merecem ser consideradas na decisão judicial, que deve promover a harmonização entre a legislação pertinente à internet e os demais diplomas legais, com destaque para a legislação protetiva da infância e adolescência.

É preciso, portanto, que os parâmetros decisórios sejam revistos nos casos de *revenge porn* contra adolescentes, promovendo-se uma verdadeira viragem que permita que as normativas sejam adequadamente aplicadas em favor da proteção integral das vítimas.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.
- BEDIN, Ismael Junior Murbach. SANDER, Annelise Cristine Emidio Sander. **Revenge porn: Brasil e Estados Unidos, diferentes sistemas jurídicos, o mesmo problema**: A falta de tutela. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI; UFMG/FUMEC Direito Civil Contemporâneo II. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/f123DmTzvE41hqPm.pdf>. Acessado em 28 maio 2017.

BELTRÃO. Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BIROLI, Flávia. O debate sobre pornografia. BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 05.dez. 2018.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 07 Dez. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONVENÇÃO sobre os direitos da criança. ONU, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DIAS, Jaqueline Sarmento. **O Direito á Imagem**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2000.

GROSSI, Miriam Pillar et al. **Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil**. Revista Estudos Feministas, Santa Catarina, v. Especial, n. 2, p. 473-474. Julho/1994. Semestral. Disponível em: <http://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/16179-49803-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2017.

LELIS, Acácia Gardênia Santos. CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira. 2016. **Revenge porn: a nova modalidade de violência de gênero**. Derecho y Cambio Social. Disponível em: < http://www.derechoycambiosocial.com/revistao45/REVENGE_PORN.pdf>. Acesso em 2 jun. 2017

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível Nº 1.0481.08.088005-9/001**. Decima Sexta Câmara Civil. Relator: MM. Desembargador Dr. José Marcos Vieira. Pesquisa de jurisprudência, Acordãos, 09 de julho de 2010. Disponível em: <[PIALARISSI, Marli Aparecida Saragioto. **O sequestro da personalidade como núcleo do dano existencial no revenge porn**. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC. Florianópolis: 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=148>. Acesso em: 22 maio. 2017](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcor dao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=IMAGEM%20MENOR.%20DIVULGA%C7%C3O%20V%CDDEO%20CONTE%DADO%20PORNOGR%C1FICO&pesquis arPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegisl ativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 set. 2017.</p></div><div data-bbox=)

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O dano ao projeto de vida e sua autonomia em face do dano moral.** Revista Brasileira em Direito Civil em Perspectiva. Minas Gerais v. 1; n. 2, p. 17,43 Jul/Dez. 2015. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/708/701>. Acesso em: 02 jun 2017

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70067503557.** Sentença de parcial procedência da ação e improcedência da reconvenção mantida. Relator: Desembargador Miguel Ângelo da Silva. 19 de outubro de 2016. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvel+70067503557+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em 14 out. 2018.

_____. _____. **Apelação Cível nº 70077084192.** Negaram provimento à apelação. Unânime. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ECA.+ATO+INFRACIONAL+DOS+ARTS.+241-A+E+241-B+DO+ESTATUTO.+DIVULGA%C3%87%C3%83O+DE+FOTOGRAFIA+COM+EXPOSI%C3%87%C3%83O+DE+NUDES&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=adolescente+v%C3%ADtima+de+grava%C3%A7%C3%A3o+de+v%C3%ADdeo+com+cenas+de+sexo+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 14 out. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo horizonte: Del Rey, 1998.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral.** 3. Ed. Campinas: Millennium, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral:** indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIBILIA, Paulo. **O show do eu: intimidade como espetáculo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

VERONESE, Josiane Rose et al. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999

VIGARELLO, Georges. **A história do estupro: violência sexual dos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

Crianças refugiadas: os avanços e desafios para a proteção integral

*Deborah Esther Grajzer
Josiane Rose Petry Veronese
Luciane Maria Schindwein*

1 Introdução

As migrações internacionais constituem-se em um movimento recorrente na história da humanidade que se intensificou durante as últimas décadas. Esses deslocamentos têm ocorrido de forma voluntária ou mesmo forçada, seja pelos avanços tecnológicos, pelo impacto das crises econômicas e políticas vividas em diferentes regiões do mundo, devido conflitos armados ou religiosos.

O fenômeno da migração está atrelado aos fluxos domésticos e internacionais de pessoas ou grupos de pessoas em sentido amplo e ocorre voluntariamente. Já o refúgio, se caracteriza como uma situação mais particularizada que envolve uma modalidade específica do movimento migratório.

Ao final da Segunda Guerra Mundial foram promovidas ações da comunidade internacional, tal como a elaboração de documentos normativos que passaram a orientar o reconhecimento do *status* de refugiado. Assim, os refugiados foram definidos e protegidos no direito internacional, como aqueles que deixaram seu país de origem ou habitual residência em

virtude de perseguição política, religiosa, racial, grupo social ou nacionalidade.

Além da proteção aos refugiados, foram elaborados tratados internacionais de proteção às crianças e adolescentes, objeto de discussão deste capítulo. Deste modo, para que ocorra seu pleno desenvolvimento, foi necessário a elaboração de uma legislação específica em nível internacional e nacional.

De acordo com dados estatísticos, tem ocorrido um aumento exponencial do número de crianças refugiadas e desacompanhadas. Em 2015, cerca de 50 milhões de crianças em todo o mundo viviam como refugiadas, migrantes ou deslocadas internas. Dessas, estima-se que 28 milhões migraram em virtude da violência e de conflitos armados, representando o dobro de crianças refugiadas em comparação com a última década. Outras 20 milhões deixaram suas casas em virtude da extrema pobreza ou devido à violência por parte de grupos criminosos (UNICEF, 2016).

Embora a promoção dos direitos das crianças refugiadas se configure como essencial, a sua concretização demanda esforços por parte dos Estados e da sociedade civil. Tornou-se necessário, portanto, a elaboração de um conjunto normativo internacional e nacional, bem como políticas públicas voltadas para esta população.

Com intuito de definir quem são as crianças refugiadas e os mecanismos de proteção serão abordadas nas subseções, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), a Declaração de Cartagena (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Estatuto dos Refugiados do Brasil (1997) e a Nova Lei de Migração (2017), assim apresentar-se-ão os avanços e falhas destas legislações.

2 Refúgio no mundo: os mecanismos de proteção internacional

O termo “refugiado” aparece nos instrumentos jurídicos internacionais adotados entre a Primeira (1914-1918) e a Segunda (1939-1945) Guerras Mundiais. Momento em que a necessidade de proteger estas pessoas torna indispensável à criação de normas que tratem dessa categoria em sentido específico. Todavia, a condição de refúgio é tão antiga quanto a civilização, pois conflitos armados, perseguições religiosas, ameaças, explorações e a própria sobrevivência fizeram com que diversos povos migrassem em busca de melhores condições de vida e proteção.

Em 1945, as nações tomam consciência das tragédias e atrocidades vividas durante as guerras. Com o objetivo de estabelecer e manter a paz no mundo, 51 Estados, entre eles Brasil, Estados Unidos, Etiópia, Irã, Polônia, Turquia, fundam a Organização das Nações Unidas(ONU). Na Carta das Nações Unidas, assinada e ratificada em 20 de junho de 1945 pelos membros fundadores, se determinou:

[...] preservar as gerações futuras do flagelo da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade (ONU, 1945).

A criação da ONU representa a necessidade de um mundo de tolerância, paz, e solidariedade entre as nações, capaz de contribuir para o desenvolvimento econômico e social dos povos. Com o propósito de garantir assistência técnica e humanitária em diferentes áreas, as Nações Unidas gerenciam agências especializadas, fundos e programas vinculados de distintas maneiras a si, apesar de terem seus orçamentos próprios e estabelecerem suas próprias regras e metas, foi criado pela Assembleia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1950, o Alto

Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). O intuito inicial era reassentar refugiados europeus que ainda estavam sem lar como consequência da Segunda Guerra Mundial.

Entre os princípios e funções do ACNUR está a proteção e o acompanhamento às vítimas de perseguição, violência ou intolerância. Fundado como órgão subsidiário da ONU, o ACNUR recebeu um mandato de três anos, o qual seria finalizado em 1953. No entanto, a Assembleia Geral decidiu prolongar seu mandato a cada cinco anos (SIMÕES, 2017). Enquanto a Europa Ocidental almejava uma agência forte e independente, os Estados Unidos defendiam um órgão temporário, que tivesse baixo custo e não arrecadasse fundos.

As Nações Unidas outorgaram ao ACNUR a coordenação e regulação de ações internacionais priorizando dois objetivos básicos: “proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas em um ambiente normal” (ACNUR, 2014). Desse arranjo institucional se estabeleceu que a receita do ACNUR advém de contribuições voluntárias de governos, organizações intergovernamentais, empresas e particulares.

A ONU participa financiando 3% do orçamento do Alto Comissariado (ACNUR, 2006). Ou seja, o Alto Comissariado depende das doações de Estados ricos e “enfrenta dificuldades políticas para fazer valer o seu propósito humanitário”¹.

Desde sua criação, o ACNUR recebe financiamentos insuficientes para realizar seu propósito como órgão fiscalizatório e protetivo aos refugiados. Entre suas funções destacam-se: a proteção jurídica, assistência material aos solicitantes de refúgio e aos refugiados, além de supervisionar o cumprimento da Convenção de 1951 e seu respectivo Protocolo Adicional de 1967 (ROCHA; MOREIRA, 2010).

¹ Esse dado esboça a dificuldade das organizações que trabalham com essa parcela da população, muitas vezes esquecidas ou invisíveis.

Embora tenham sido desenvolvidos programas de reassentamento, repatriação e integração local, nem sempre os Estados estão dispostos a receber fluxos migratórios. Tal fato acaba levando milhares de pessoas a se deslocarem novamente em virtude de acordos humanitários e vistos temporários que muitas vezes dificultam a permanência desses migrantes em determinado país ou região.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados foi criada em 1951, com o intuito de garantir a proteção internacional aos refugiados. Essa Convenção define quem é o refugiado e estabelece seus direitos e as obrigações dos Estados perante esses indivíduos e a comunidade internacional.

A referida Convenção categoriza refugiado como qualquer pessoa obrigada a deixar seu país de origem ou eventual residência devido perseguições sistemáticas, seja de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e necessitam de proteção internacional (ONU, 1951).

Todavia essa definição geral de refugiado se limitava regionalmente ao continente europeu e temporalmente aqueles que haviam sido perseguidos e deslocados “em consequências de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa” (ONU, 1951).

A partir dessas restrições geográficas e temporais observa-se a pretensão dos Estados-membros da Convenção de 1951 da ONU de apenas configurarem como refugiados aqueles que ainda sofriam perseguições pelos países socialistas ou indivíduos forçados a fugir devido ameaças fascistas e nazistas na Europa durante as décadas de 1930 e 1940, o que impedia uma proteção ampla aos refugiados.

Ao analisar essa Convenção, Hathaway define cinco elementos essenciais para a definição de refugiado

[...] (1) que o solicitante seja estrangeiro, com nacionalidade diversa do Estado no qual busca o refúgio; (2) que existam fatos

objetivos e um risco genuíno de temor; (3) que haja perseguição e risco de graves danos, sendo o Estado de origem incapaz de proteger o solicitante; (4) que o risco ou temor do solicitante tenha nexos com raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política; (5) que exista uma necessidade real e um direito legítimo para a proteção (HATHAWAY, 1991, p. vi-vii).

A Convenção deve ser aplicada sem discriminação por raça, sexo, religião e país de origem. Também é incluído o princípio da não-devolução (*non-refoulement*), de modo que nenhum país deve expulsar ou devolver um refugiado, contra a vontade do mesmo, em qualquer ocasião, para um território no qual ele venha a sofrer qualquer tipo de perseguição.

Todavia, esse princípio não estabelece “a obrigação dos Estados de receberem refugiados”. Ou seja, a concessão de refúgio não é obrigatória². Também não existe nenhum organismo supranacional capaz de controlar ou de punir os Estados que infringirem a lei (BHABHA, 1998).

Por sua vez, o Protocolo Adicional de 1967, de Nova Iorque, no âmbito da ONU retira as restrições geográficas e temporais da Convenção, visto que surgiram novas situações de refúgio igualmente merecedoras de proteção. Apesar de se relacionar com ela, o protocolo é um instrumento independente cuja ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951.

A adesão ao Protocolo de 1967 não suscitou questionamentos quanto à ampliação do conceito de refugiado. Uma hipótese levantada por Jubilit (2007), indica que tal fato possa ser um reflexo histórico uma vez que, na época do Protocolo, o número de refugiados no mundo estava em plena ampliação, o que gerava medo por parte dos países desenvolvidos.

Desse modo, a Convenção e o Protocolo são os principais instrumentos internacionais globais estabelecidos para a proteção

²Embora essa interpretação seja refutada por alguns pesquisadores da área, já que haveriam interpretações do princípio do *non-refoulement* (não devolução) como uma norma de caráter *jus cogens*, ou seja, uma normativa internacional de caráter imperativo e indisponível.

dos refugiados, e formam a base normativa do Direito Internacional dos Refugiados. Todavia, os países que ratificaram os termos do Protocolo passaram, então, a aplicar o conteúdo da Convenção de 1951 a todas as pessoas que se enquadrassem naquela definição de refugiado, sem os limites temporal e geográfico.

Ao longo da década de 1960, a descolonização afro-asiática esteve atrelada as guerras de independência originando novos fluxos migratórios, totalizando mais de meio milhão de refugiados em 1965, o que contribuiu para alteração do texto da Convenção, por não ser aplicável aos acontecimentos ocorridos após 1º de janeiro de 1951 e sua limitação geográfica (ANDRADE, 1996).

Logo, a África foi o primeiro continente a dar importância as questões dos refugiados após a Segunda Guerra Mundial em virtude de seu processo de formação e consolidação de novos Estados nacionais, como Ruanda que teve sua fundação em 1962, ou mesmo o Zimbábwe que data de 1965.

A União Africana (UA) é uma organização internacional que visa promover a integração entre países africanos, sendo desde 2002 sucessora da Organização da Unidade Africana (OUA) fundada em 1963. A OUA foi responsável por uma comissão incumbida de verificar os problemas dos refugiados na África e colaborar com o ACNUR, o que resultou na elaboração da Convenção da Unidade Africana para Refugiados em 1969. A grande mudança foi a definição ampliada do termo “refugiado”, expressa no art.1 da Convenção, parágrafo 2º:

2. O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

Desse modo, a pessoa que sofre grave agressão externa ou dominação estrangeira também será incluída como refugiado³. Essa alteração irá influenciar o conceito de refugiado, no âmbito da América Latina, com a elaboração da Declaração de Cartagena em 1984, a qual ampliou a definição de refugiado da Convenção de 1951, ao abarcar as situações de conflitos armados, praticados sistematicamente na região durante as décadas de 1970 e 1980 no âmbito dos direitos humanos. Tal definição foi aprovada pela Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1985.

Mesmo não possuindo caráter formal, a Declaração de Cartagena configura-se como um instrumento regional de proteção aos refugiados, além de incluir o princípio da não devolução (*non-refoulement*), a integração dos refugiados e esforços para erradicar as causas deste tipo de migração, tem influenciado a produção normativa de leis nacionais sobre o tema.

A Declaração supracitada é considerada um marco para ampliação do conceito de refugiado no âmbito da América Latina, inclui-se a premissa "violação maciça dos direitos humanos" para o reconhecimento da condição da pessoa como refugiada. Essa, foi a modificação mais significativa trazida pela Declaração de Cartagena.

Denota-se, portanto, a relevância do conceito normativo de refugiado trazido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, e a ampliação deste conceito a partir da realidade africana e latino-americana. Embora, ainda seja necessário refletir a respeito dos direitos daqueles que migram devido à fome, a miséria extrema, as catástrofes climáticas e outras situações que acabam por impedir o desenvolvimento de uma vida digna.

³Ainda há controvérsia em relação as pessoas forçadas a deixarem o lugar em que vivem em virtude de eventos climáticos e ambientais. Enquanto alguns autores argumentam que seriam refugiados, outros os configuram como deslocados ambientais. Isso ocorre porque nos termos da Convenção de Genebra de 1951, a definição de "refugiado" não contempla os refugiados climáticos e ambientais.

3 Crianças refugiadas e a Proteção Integral

Nas diferentes regiões do mundo, as crianças também constituem um grupo imensamente vulnerável às situações de violação dos direitos humanos. Conforme dados do ACNUR, dos 21 milhões de pessoas sob seus cuidados, mais da metade são menores de 18 anos de idade.

Estima-se que na última década mais de 1 milhão de crianças morreram em conflitos armados; 6 milhões foram feridas ou mutiladas e 1 milhão se tornaram órfãs. Mais de 300.000 meninos foram obrigados a se transformarem em soldados. As meninas são frequentemente submetidas à exploração sexual. Crianças de 87 países vivem rodeadas por 60 milhões de minas terrestres e em torno de 10.000 ao ano são vítimas destas armas (ACNUR, 2014, p.1).

No que permeia os direitos das crianças, se reconheceu a infância em sua especificidade tornando necessário que houvesse cuidado e atenção com esta faixa etária em virtude das diversas condições desumanas e atrocidades que estavam submetidas em várias nações.

Constituída como primeiro instrumento específico a favor das crianças, foi publicada em 1924, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, que buscou abranger a proteção e o reconhecimento do direito à alimentação, à educação, aos cuidados em casos de perigo, todavia, este documento não abarcava a responsabilidade dos Estados, somente enumerava direitos, recebendo críticas.

Em 1959, no âmbito da ONU e não mais da Liga das Nações⁴, a Declaração dos Direitos da Criança foi aprovada sem força vinculante em relação aos países signatários, ou seja, se tratava

⁴ Uma associação internacional fundada em 1919 com o intuito de estabelecer a paz universal, que não teve resultado satisfatório sendo extinta em 1946.

mais de um princípio moral do que uma legalidade a ser incorporada ao direito interno dos Estados. Todavia, as regras e princípios permitiram fixar o início da proteção normativa.

Além de garantir a proteção a todas as crianças sem nenhuma distinção, para o seu desenvolvimento pleno e saudável, considera-se o “superior interesse”⁵ da criança como um elemento inovador que contribuiu para orientação de políticas e ações a serem desenvolvidas futuramente.

É necessário evidenciar que as Declarações de 1924 e 1959 contribuíram de modo positivo na agenda da política internacional por possibilitarem a reflexão acerca da necessidade de se tutelar os direitos da criança, evidenciando, portanto, a formulação de um documento de força vinculante (VERONESE; MUNIZ FALCÃO, 2017).

No ano de 1989, 20 anos depois, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança, em vigor desde 1990, e ratificada por 195 países até o presente momento. O último país a aderir ao documento foi a Somália (2015). Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção, visto que alguns de seus estados toleram ou mesmo aplicam a pena de morte a pessoas menores de 18 anos de idade. Essa situação deixa explícita a soberania nacional frente à jurisdição internacional, além de violar tanto a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança como o próprio direito interno estadunidense (BELOFF, 2008).

A referida Convenção se configurou como marco legal mais importante na defesa dos direitos humanos da criança e teve maior número de Estados signatários no que diz respeito aos tratados de proteção dos direitos humanos, com força vinculante reconhece os direitos civis e políticos bem como os econômicos, sociais e culturais.

⁵ Na tradução em português da Declaração dos Direitos da Criança o princípio *thebestinterestofchildse* concretizou como “interesse superior da criança” e não “o melhor interesse da criança”.

[...] Como um conjunto de deveres e obrigações aos que ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional e, assim cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los (VERONESE, 1999, p.97).

Ao estabelecer valores e normativa universal, a Convenção se guiou no “interesse superior da criança” em todos os aspectos visando garantir seus direitos humanos, civis, políticos, sociais e culturais de modo correlato. Entre seus avanços destacamos a Doutrina da Proteção Integral que reconhece os direitos da criança e adolescente de forma ampla e integrada entre si.

Em seu artigo 22, a Convenção sobre os Direitos da Criança expressa proteção específica perante a criança solicitante de refúgio ou refugiada conforme o direito e procedimentos internacionais,

1. Os Estados Partes tomam as medidas necessárias para que a criança que requeira o estatuto de refugiado ou que seja considerada refugiado, de harmonia com as normas e processos de direito internacional ou nacional aplicáveis, quer se encontre só, quer acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie de adequada proteção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário, de que os referidos Estados sejam Partes [...] (ONU, 1989).

Também é preciso que os Estados partes, as Nações Unidas, bem como as organizações intergovernamentais competentes cooperem no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada. Torna-se necessário localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações que possibilitem sua reunião familiar. No caso de não se encontrar membros da família será concedida a mesma proteção outorgada a qualquer criança privada de seu ambiente familiar.

Entre os instrumentos jurídicos internacionais criados e aprovados com o objetivo de ampliar a proteção às crianças, destacamos a Declaração e o Plano de Ação de Estocolmo, de 1996, *contra a exploração sexual de crianças* com base numa relação de exploração comercial e poder, os Protocolos Facultativos referentes à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia, e o relativo a participação de crianças em conflitos armados, ambos de 2000.

Ainda em 2014, passou a vigorar o Protocolo Facultativo referente à comunicação direta daquele que sofre violação dos direitos expressos na Convenção. O que pode ser questionado, “[...] uma vez que a criança é hipossuficiente financeiramente, é dependente dos pais ou responsáveis legais e também porque se há caso de violação incorrendo, o infante estará ainda mais debilitado” (VERONESE; MUNIZ FALCÃO, 2017, p.32). Além dos altos custos de deslocamento da criança até o local do Comitê das Nações Unidas.

No âmbito regional de proteção aos direitos da criança, a América Latina adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança em sua legislação interna, o que implicou em mudanças radicais tanto do ponto de vista jurídico, como social, político e cultural. Essas alterações também irão influenciar a perspectiva das crianças migrantes e refugiadas como sujeitos de direitos.

A temática da migração infantil tem ganhado importância na agenda regional, de modo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Parecer Consultivo OC-21/14 sobre Direitos e Garantias para Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional em 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Federativa da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Este documento visava solicitar à Corte Internacional a definição das obrigações dos Estados quanto aos padrões jurídicos a serem considerados nas políticas migratórias, a partir da interpretação da Convenção Americana dos Direitos Humanos,

com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

No que tange a situação das crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, a Corte considera que mesmo aquelas em situação de maior vulnerabilidade não devem ser privadas de liberdade, visto que o Estado, conforme as diretrizes do Comitê dos Direitos da Criança, é obrigado a garantir proteção integral as crianças e garantir seu melhor interesse:

Em suma, a Corte entende que as crianças migrantes e, em particular aqueles em situação migratória irregular que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, requerem do Estado receptor uma atuação especificamente orientada à proteção prioritária de seus direitos, que deve ser definida segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto, isto é, se se encontram com sua família, separados ou desacompanhados, e atendendo o seu interesse superior. Para tanto, os Estados, em cumprimento de suas obrigações internacionais na matéria, devem elaborar e incorporar em seu ordenamento interno um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem ordenadas e aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios visando, de forma prioritária, à proteção integral dos direitos da criança, de acordo com as características descritas, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade (OEA, 2014, p. 62).

Ao tratar o princípio da não-devolução (*non-refoulement*), compreende-se que no caso das crianças as obrigações internacionais do Estado devem ser ainda mais ampla, tendo em vista que uma violação que apesar de parecer não tão grave para um adulto pode ser no caso de se tratar de uma criança. Assim, além de respeitar as normas de direito internacional de não deportar ou extraditar uma criança para um território em que sua integridade esteja em risco, ainda é necessário que não sejam violados direitos humanos fundamentais para o seu desenvolvimento como falta de alimento, acesso a serviços de saúde, entre outros (OEA, 2014, p.87).

Tendo em vista a atual situação das crianças migrantes e refugiadas na América Latina, a Corte recomenda que se reconheça e considere as situações que podem levar uma criança a deixar seu país de origem ou eventual residência, seja pela migração familiar motivada por melhores oportunidades de vida, por violência social, conflitos armados, abusos, ou outros motivos que requerem algum tipo de proteção específica por parte dos Estados receptores.

Apesar da preocupação com a criança refugiada ter avançado no âmbito jurídico por meio de mecanismos internacionais de direitos humanos, ainda se faz necessário a elaboração de políticas públicas e boas práticas que possam de fato respeitar e efetivar seus direitos sob a ótica da Proteção Integral.

4 O cenário brasileiro: o Estatuto da Criança e Adolescente e a política para refugiados

O século XX foi um período de mudanças para a sociedade brasileira. Os movimentos sociais vividos durante a década de 80 permitiram ao Brasil novas possibilidades políticas que almejavam reconhecer e efetivar novos direitos, dentre eles, os direitos das crianças e adolescentes.

Nessa conjuntura destacam-se o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entre outros, que se articularam e trabalharam pela promoção da melhoria das condições de vida das crianças e adolescentes no Brasil (VIEIRA; VERONESE, 2015).

Nota-se que o primeiro Código de Menores de 1927 se pautava pela Doutrina do Direito Penal do Menor, na qual a delinquência era tida como responsabilidade do menor. Em 1979 foi alterada a perspectiva jurídica para “o menor em situação irregular” abarcando apenas aqueles que estavam em situações perigosas, de marginalização e criminalização.

O Código de 1979 define como situação irregular: a privação de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução, por omissão, ação ou irresponsabilidades dos pais ou responsáveis; por ser vítima de maus tratos; por perigo moral, em razão de exploração ou encontrar-se em atividades contrárias aos bons costumes, por privação de representação legal, por desvio de conduta ou autoria de infração penal (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p.70).

Desse modo, as condições sociais das crianças e adolescentes estavam submetidas aos atos de seus responsáveis ou do próprio menor, tornando a vítima um réu a cargo da justiça e do assistencialismo. Assim, ficava a cargo dos juízes definir o que seria melhor, a assistência, a proteção ou a vigilância da criança ou adolescente. Esse novo Código acaba por facilitar o processo de adoção, principalmente daqueles retirados de suas famílias ou responsáveis legais.

Essa situação se agrava durante o período de ditadura devido a situação econômica e social que passava o país levando um grande número de crianças ao trabalho tanto no campo como na área urbana.

A Doutrina da Proteção Integral, já estava presente no plano internacional, e passou ser de fato debatida no Brasil, o que culminará com sua adoção no art. 227 da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, e a Lei nº 8.069/90 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (VIEIRA; VERONESE, 2015).

A partir do Decreto nº 99.710, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi ratificada e adotada em sua integridade. Publicado em julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente revoga o Código de Menores de 1979, e contempla a Doutrina da Proteção Integral superando a visão da “criança como menor” constituída ao longo da história nacional sob à ótica do direito penal.

O posicionamento da criança e do adolescente no direito brasileiro foi, assim, reorientado pela Doutrina da Proteção Integral, garantindo-lhes uma proteção normativa com características e princípios próprios, a criança deixa de ser objeto e passa a ser reconhecida como sujeito de direito em sua especificidade.

Desse modo, se reconhece a condição da criança e do adolescente como cidadãos em desenvolvimento, capazes de fazerem escolhas e participarem de forma ativa e autônoma da vida em sociedade. A criança deixa de ser vista como incapaz e passa a ser ouvida e ter suas ideias e opiniões consideradas, constituindo-se como titular de direitos plenos e específicos.

A partir da década de 1980, a questão migratória terá alguma relevância na agenda brasileira, em 19 de agosto, é decretado e sancionado pelo então presidente João Batista Figueiredo, o Estatuto do Estrangeiro do Brasil, Lei 6815/1980. Esta lei define a situação jurídica dos estrangeiros no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que tem como objetivo formular a política, coordenar e orientar as atividades de imigração no território nacional. Neste período, o estrangeiro era visto como uma ameaça, prevalecendo a doutrina da segurança nacional.

O Estatuto do Estrangeiro de 1980, ainda se utilizava do termo menor ao se referir a crianças e adolescentes. Em seu art. 7º, inciso I, declarava que não seria concedido visto ao “estrangeiro menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado do responsável legal ou sem sua autorização expressa”, ou seja, a criança que estivesse migrando sozinha, não teria seu visto reconhecido pelo Brasil.

Observa-se neste período uma legislação restritiva sobre a migração, marcada pela tentativa de reduzir o fluxo de imigrantes. Esta lei esteve em vigência na estrutura administrativa com sérios reflexos no acolhimento de imigrantes e refugiados durante muitos anos, visto que o Estatuto do Estrangeiro era contraditório com a concretização dos direitos humanos enunciada na Convenção de 1951.

Inicia-se o processo de democratização e abertura política e o Brasil passa ser reconhecido pela ONU, como uma nação acolhedora. Imagem esta, consolidada nas últimas décadas, levando a nação a se tornar líder sul-americana em questões de refúgio.

No que se refere especificamente a causa dos direitos humanos dos refugiados, o governo brasileiro promoveu iniciativas, como o Programa Nacional dos Direitos Humanos (Decreto de 1996), sendo um dos primeiros países a estabelecer internamente metas para cumprir a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, II Conferência Mundial da ONU. A Declaração reafirma o direito de toda pessoa de buscar asilo contra perseguição em seu país de origem, bem como retornar, caso tenham fim as hostilidades que a ameaçavam anteriormente (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Desse modo, para definir mecanismos para implantação do Estatuto do Refugiado de 1951 e seu respectivo Protocolo de 1967, no âmbito da ONU, e conforme a Declaração de Cartagena de 1984, contemplando a realidade latino-americana, o Brasil sancionou a Lei nº 9.474, em 1997, considerando os principais instrumentos regionais e internacionais sobre o tema, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Lei 9.474/1997, adota a ampliação do conceito de refugiados, incluindo as pessoas deslocadas por ameaças à sua vida, segurança ou liberdade, devido violência generalizada, agressão estrangeira ou conflitos internos, violação maçica de direitos humanos ou perturbações da ordem pública. Institui os procedimentos para obtenção ou cassação do refúgio, os direitos e deveres dos refugiados e a criação do Comitê Nacional para os refugiados (CONARE).

Como órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça e integrado pelo Itamaraty (que exerce a Vice-Presidência), o CONARE se responsabiliza pela execução de soluções duradouras que atendam essa parcela da população. A lei brasileira, foi

reconhecida desde então, como uma das mais avançadas no tema, e foi utilizada como modelo por outros países latino-americanos.

Aprovada apenas em 2017, a nova legislação representa um marco legal das migrações e pauta-se pelos direitos humanos, repudia à xenofobia, o racismo, e qualquer forma de discriminação, propõe o acesso e tratamento iguais. A Lei nº13.445, de 24 de maio de 2017, foi sancionada pelo Presidente Michel Temer, com uma série de vetos.

Em vigência desde 22 de novembro de 2017, a nova lei apresenta alguns avanços apesar dos vetos, com destaque para os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à liberdade de circulação em território nacional; direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; além da inclusão do visto humanitário apesar do país já possuir uma legislação de refúgio e já vir adotando políticas de acolhimento humanitário.

O visto humanitário buscará atender demandas específicas, como a dos apátridas e daqueles que chegam ao Brasil devido situações como, desastres ambientais, conflitos armados e violação dos direitos humanos. A lei garante aos migrantes o direito de participarem de protestos e sindicatos. Também está prevista a integração e o desenvolvimento das regiões de fronteiras.

No que tange a nova legislação, três dispositivos fazem menção as crianças. De acordo como Art. 3º, inciso “XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante”, se expressa a preocupação já trazida anteriormente pela Declaração de 1959 e reiterada pela Convenção de 1989 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente de 1990 de se garantir o superior interesse da criança. Além da Doutrina da Proteção Integral inaugurada pela Convenção de 1989 como já discorrido anteriormente.

Em referência a entrada e saída do território nacional, destacamos o capítulo IV da Lei nº13.445, no qual se estabelecem

as garantias aos migrantes, assegurando direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas.

Artigo 40

V- seja criança ou adolescente desacompanhado de responsável legal e sem autorização expressa para viajar desacompanhado, independentemente do documento de viagem que portar, hipótese em que haverá imediato encaminhamento ao Conselho Tutelar ou, em caso de necessidade, a instituição indicada pela autoridade competente.

Este artigo evidencia os procedimentos no caso da chegada de crianças ou adolescentes desacompanhados, o que já aparece como um avanço em relação ao Estatuto de 1980 que vedava o visto para crianças e adolescentes que se encontravam nessa situação.

Outra questão que apresenta mudanças se refere ao pedido de naturalização e está expressa no capítulo VI,

Artigo 70

A naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 (dez) anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal. Parágrafo único. A naturalização prevista no caput será convertida em definitiva se o naturalizando expressamente assim o requerer no prazo de 2 (dois) anos após atingir a maioridade.

Anteriormente, o certificado provisório de naturalização só era permitido ao estrangeiro admitido no Brasil durante os primeiros 5 (cinco) anos vida, e era válido como prova de nacionalidade brasileira até dois anos depois de atingida a maioridade. Desse modo, observa-se que o período para se requer a naturalização provisória foi ampliado e poderá ser solicitado pela criança até 10 anos de idade.

De um modo geral, entre os avanços contidos na nova legislação destacamos o combate a qualquer tipo de discriminação,

racismo e xenofobia como princípios da política migratória. O novo texto se orienta pela doutrina dos direitos humanos, visto que na antiga legislação o migrante era visto como uma ameaça, conforme preceitos da segurança nacional. Esses aspectos também podem ser evidenciados pelas mudanças de nomenclatura, já que o texto passa a utilizar o termo migrante ao invés de estrangeiro e criança em substituto ao termo menor.

Em referência à proteção e ao interesse das crianças refugiadas, destaca-se o serviço do SANCAST (Setor Anexo de Atendimento de Crianças e Adolescentes Solicitantes de Refúgio e Vítimas Estrangeiras de Tráfico Internacional de Pessoas), criado pelo Provimento CSM N° 2279/2015, que funciona na Vara da Infância e da Juventude de Penha de França.

O SANCAST é responsável pelo acolhimento institucional das crianças e adolescentes solicitantes de refúgio, refugiados ou vítimas de tráfico de pessoas desacompanhadas de seus pais ou familiares, que estão institucionalizadas ou que precisam de medida socioprotetiva em São Paulo. Materializando tanto a assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas prevista no art. 6º do Protocolo de Palermo recepcionado no Brasil pelo Decreto nº 5.017, de 2004, quanto o direito ao alojamento, educação e assistência pública aos refugiados previstos nos artigos 21 a 23 da Convenção de 1951.

A partir dos dados do CONARE, o ACNUR elaborou uma análise estatística do período de janeiro de 2010 a outubro de 2014 mostrando que o Brasil tem recebido um fluxo crescente de migração, passando de 4.357 em 2010 para 7.289 refugiados em outubro de 2014, de 81 nacionalidades distintas (ACNUR, 2014).

Até o final de 2017 o país reconheceu 10.145 refugiados. De acordo com o CONARE (2017), a nacionalidade com maior número de pedidos reconhecidos foi a Síria totalizando 2771 refugiados (39%), seguida pela República Democrática do Congo com 953 refugiados (13%), Colômbia com 316 (4%) e a Palestina com 295(4%). Desses, apenas 5.134 continuam com registro ativo no

Brasil, sendo que 52% moram em São Paulo, 17% no Rio de Janeiro e 8% no Paraná.

Em referência aos pedidos de refúgio reconhecidos em 2017, totalizou-se 587 refugiados. Em referência ao perfil dos solicitantes, 20% são crianças, dessas 14% estariam na faixa etária de 0 a 12 anos enquanto 6% correspondem a faixa etária de 13 a 17 anos de idade (CONARE, 2017). Em 2016, esse total era de 9%, sendo que 7% correspondia a crianças com idade entre 0 e 12 anos e 2% se referiam a adolescentes com idade entre 13 e 17 anos de idade. Esses dados evidenciam que o número de crianças refugiadas no Brasil mais do que dobrou no último ano.

As solicitações de refúgio também têm apresentado aumento significativo nos últimos seis anos, aumentando aproximadamente 3.000%, o ano de 2017 concentrou o maior número de pedidos de refúgio, desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos, foram 13.639 pedidos. Em 2016 foram 6.287, em 2015 foram 13.383 em 2014 foram 11.405 solicitações (CONARE, 2017).

Ainda que com grandes limitações, busca-se incluir os refugiados nas políticas públicas à disposição de todos os brasileiros. Nesse sentido, o Brasil apresenta uma política migratória de forma geral, e para os refugiados de forma específica, enquanto uma prática fragmentada em diversos ministérios e departamentos. Das 27 unidades federativas brasileiras somente quatro tem comitês estaduais especializados para refugiados: São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul.

A maior parte dos indivíduos em condição jurídica de refugiado vivem no Sudeste, especialmente em São Paulo e Rio de Janeiro. Esses estados foram os primeiros a possuir comitês estaduais, o CER (Comitê Estadual para os Refugiados) em São Paulo e o CIEPAR (Comitê Intersetorial Estadual de Política de Atenção aos Refugiados) no Rio de Janeiro. Instituídos em 2007 e 2010, respectivamente.

Posteriormente foram concretizados os comitês da região sul. O Rio Grande do Sul também já apresentava notável número de requerentes e o COMIRAT (Comitê de Atenção para Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas de Tráfico de Pessoas) foi inaugurado em 2012. No mesmo ano o Paraná instituiu CERM (Comitê Estadual de Refugiados e Migrantes).

Apesar de não possuir um Comitê Estadual, Santa Catarina inaugurou em fevereiro de 2018, o Centro de Referência de Atendimento ao Imigrante (CRAI), sediado na cidade de Florianópolis, e aberto ao público após dois anos da assinatura de um convênio entre governos federal estadual e municipal. O local visa oferecer aos imigrantes e refugiados assistência jurídica, orientação para regularização de documentos, encaminhamento para o mercado de trabalho e atendimento psicológico.

5 Algumas considerações

A migração em massa de sujeitos forçados a deixarem seu país de origem ou habitual residência em busca de proteção às perseguições sistemáticas é um movimento recorrente em nossa história. Todavia, a elaboração de instrumentos de proteção e conceituação da categoria refugiado no âmbito jurídico ocorre apenas no início do século XX, em virtude das atrocidades cometidas durante as duas Grandes Guerras Mundiais.

Apesar da proteção aos refugiados contar com amplo respaldo legislativo, mas também precisa de apoio dos Estados para efetivação dos direitos previstos na normativa internacional. Nesse aspecto, o Brasil se destaca positivamente pois ratificou a Convenção de 1951 e seu respectivo Protocolo de 1967, além de possuir uma legislação própria que protege os refugiados e solicitantes de refúgio.

Entre os sujeitos que migram, estão as crianças, que muitas vezes além de deixarem seus lares, acabam deixando suas famílias e suas raízes. Desse modo, por meio dos aparatos jurídicos buscou-

se elucidar os mecanismos de proteção destinados à criança refugiada no âmbito internacional, interamericano e nacional como meio de promoção de seus direitos humanos.

Pontua-se a Declaração de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, por trazerem novos contributos à comunidade internacional, como o “superior interesse da criança” e a Doutrina da Proteção Integral. A Convenção aprovada com força vinculante, tem caráter imperativo e obrigatório, de modo, que os Estados signatários não poderão violar os seus preceitos, além de tomarem medidas cabíveis para promovê-los em seu ordenamento interno.

No cenário brasileiro, os direitos das crianças foram conquistados por meio de entraves e uma árdua luta social e política, ainda em curso na atualidade. Tais conquistas representaram um avanço, tal qual, a criança, antes vista como *menor* sob à ótica do direito penal passou a ser vista como sujeito de direito com a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), em acordo com as legislações internacionais.

A necessidade de proteção das crianças migrantes e refugiadas tem ganhado espaço na agenda internacional, como esboça o Parecer Consultivo OC-21/14 sobre Direitos e Garantias para Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional solicitado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Há que se destacar as mudanças de paradigma ocorridas na política brasileira para refugiados desde os anos de 1980 até os dias atuais, de modo que a imigração antes vista como uma ameaça à segurança nacional pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº6815/1980) passará a ser reconhecida como um direito humano a partir da nova Lei de Migração de (Lei nº13.445/2017).

Evidenciam-se os avanços trazidos pela nova Lei de Migração referentes as crianças em sua especificidade. Ao se pautar pela Doutrina da Proteção Integral e pelo interesse superior da criança a legislação vigente mostra-se em acordo com os

pressupostos da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e o Estatuto da Criança e Adolescente (1990).

Em que pese a nova Lei destaca-se ainda, os avanços em relação a criança desacompanhada de seus pais ou familiares, que embora tivesse seu direito de visto negado pela legislação brasileira anterior passará a ser reconhecida como sujeito de direitos que necessita de proteção específica.

Nesse sentido, o estado de São Paulo se configura como maior receptor de refugiados do Brasil, com destaque para atuação do SANCAST, como uma boa prática de proteção às crianças e adolescentes solicitantes de refúgio, refugiados ou vítimas de tráfico de pessoas desacompanhadas de seus pais ou familiares que necessitam de proteção.

Apesar da existência de uma série de tratados internacionais e legislações nacionais a favor das crianças e dos refugiados, muitas nações, principalmente as que ainda estão em desenvolvimento encontram dificuldades para receber e integrar as crianças refugiadas, tendo em vista que já enfrentam desafios para atender e prover direitos fundamentais a seus nacionais.

Deste modo, evidenciou-se neste capítulo a falta de uma legislação específica para efetivação dos direitos e reconhecimento da condição de criança refugiada. Sendo fundamental um olhar específico para essas crianças como sujeitos de direito, e não como um mero apêndice da estrutura familiar. Assim, a efetivação de seus direitos, anseios e desejos devem se pautar pelo “melhor interesse” da criança e a Doutrina da Proteção Integral, além da necessidade de mecanismos que facilitem sua implementação.

Referências

- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. 2014. **Refúgio no Brasil**: uma análise estatística, janeiro de 2010 a outubro de 2014. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

- _____. 2014. **Publicações do ACNUR**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/publicacoes/>. Acesso em: 28 out. 2018.
- _____. 2018. Refúgio em números, 3ª edição. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.
- ANDRADE, J. H. F. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BELOFF, Mary. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- BHABHA, Jacqueline. **Enforcing the human rights of citizens and non-citizens in the era of Maastricht: some reflections on the importance of States**. Development and change, 1998, volume 29.
- _____. **Child Migration and Human Rights in a Global Age**. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm. Acesso: 10 set. 2018.
- _____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Brasília, DF, maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso: 10 set. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- HATHAWAY, James C. **The law of refugee status**. Butterworths. Canada Ltd. 1991.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, 1951**. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 05 set. 2018.

OEA. **Parecer Consultivo 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos OC-21/14**, de 19 de Agosto de 2014 sobre direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

RIZZINI, R.; PILOTTI, F. **A arte de governar crianças**. São Paulo: Cortez Editora, 2009.

ROCHA, R. R.; MOREIRA, J. B. **Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios**. Rev. Sociologia Política, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 17-30, out. 2010.

SIMÕES, Gustavo da Frota. **Integração social de refugiados no Brasil e no Canadá em perspectiva comparada: Colombianos em São Paulo e em Ontário**. 2017, 266f., il. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p.92

UNICEF. **Uprooted: The growing crisis for refugee and migrant children**. 2016. Disponível em: http://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_growing_crisis_for_refugee_and_migrant_children.pdf. Acesso em: 24 set. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____; VIEIRA, C. M. C. A. **Crianças Encarceradas: A proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p.108.

_____; MUNIZ FALCÃO, W. H. M. A Criança e o Adolescente no Marco Internacional. In: VERONESE, J.R. P. **Direito da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Responsabilidade civil dos adotantes e a (in)aplicabilidade do dano moral em caso de desistência: entendimento dos Tribunais de Justiça da Região Sul

Tarciane Isabel Conrad¹

Introdução

A Constituição Federal de 1988 através do artigo 227, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da Proteção Integral da Criança. Este princípio, pautado na liberdade, respeito e dignidade à criança e ao adolescente, contempla uma série de direitos a serem garantidos pela família, Estado e sociedade, com absoluta prioridade, à todas as crianças e adolescentes, tais como à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à dignidade e o direito à convivência familiar, entre outros. Esta proteção constitucional decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo um dos princípios fundamentais que permeiam todo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo em importantes documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil.

Dentre o rol de direitos que devem ser garantidos à criança e ao adolescente, a convivência familiar é sem dúvida um dos mais importantes, visto que, é no seio familiar que a criança tem a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN), em Santa Maria (RS). E-mail para contato: tarciane.conrad@yahoo.com.br. Trabalho orientado pela Profa. Dra. Rosane Leal da Silva.

oportunidade de se desenvolver dignamente, através do apoio econômico e principalmente emocional que recebe dos familiares.

Nesse contexto, surge o instituto da adoção, previsto no artigo 39 da Lei 8069/90, como uma medida excepcional e irrevogável capaz de promover o direito à convivência familiar, dando uma nova família para aquelas crianças que, por algum motivo, se encontrem afastadas de sua família de origem e acolhidas em instituições.

O processo de adoção requer observância a uma série de requisitos e constitui-se através de um procedimento especial, o qual possui várias fases, tais como a habilitação no Cadastro Nacional de Adotantes, visitas domiciliares, entrevistas, preparação psicossocial e jurídica, estágio de convivência, guarda provisória e por fim, a adoção propriamente dita.

Contudo, ocorre que em alguns casos, após assumirem a guarda provisória do adotando e levá-lo para seus lares, os adotantes de forma imotivada desistem do processo de adoção e acabam devolvendo as crianças para as instituições de acolhimento, frustrando as legítimas expectativas de ser adotado e constituir uma nova família.

Diante disso, iniciaram-se discussões no mundo jurídico a respeito de uma possível reparação civil devida à criança devolvida, em razão do constrangimento e sofrimento suportados ao ver frustrada sua expectativa em ser adotada.

Portanto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar de que forma os Tribunais de Justiça da Região Sul estão enfrentando a questão do dano moral às crianças nos casos de desistência do processo de adoção.

Para tanto, será empregado o método de abordagem dedutivo, pois a pesquisa partirá de uma abordagem geral de conceituação e identificação da importância da adoção para os adotandos, dentro de uma nova perspectiva da responsabilidade civil dos adotantes para, a partir dessa análise mais ampla, verificar especificamente o entendimento dos Tribunais da Região

Sul, a respeito do cabimento do dano moral às crianças devolvidas durante o processo de adoção. Aliado a esse referencial metodológico, o presente estudo utilizou o método de procedimento monográfico pois foram selecionados e analisados os principais casos julgados pelos Tribunais da Região Sul, que tratam sobre o assunto e que tenham reconhecido, ou não, a existência do dano moral às crianças devolvidas durante o processo de adoção.

A aplicação desse método resultou na divisão do trabalho em três partes: primeiramente apresentam-se delineamentos conceituais sobre a importância da adoção e as legítimas expectativas geradas no adotando. Em um segundo momento analisa-se a possibilidade jurídica e doutrinária a respeito de um possível dano moral à criança devolvida durante o processo de adoção. Por fim, a partir da análise de casos, apresenta-se e discute-se a posição dos Tribunais da Região Sul sobre o cabimento do dano moral à criança em caso de desistência da adoção.

Destaque-se que esse tema, além de atual e relevante por dizer respeito a uma nova perspectiva do Direito da Criança e do Adolescente, com a consequente reparação por parte de quem gera uma legítima expectativa nos adotandos, não as cumprindo posteriormente, encontra-se perfeitamente adequado à linha de pesquisa do Curso de Direito “Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização”, já que o estudo pretende apontar novas diretrizes e teorias para o tratamento do dano moral devido à criança em caso de desistência do processo de adoção.

1 A importância da adoção e as legítimas expectativas geradas no adotando

Para iniciar a presente pesquisa, a qual trata essencialmente sobre o cabimento do dano moral devido à criança devolvida durante o processo de adoção, em razão das legítimas expectativas geradas, faz-se necessário definir os principais conceitos que serão utilizados ao longo desse estudo.

Conforme previsão constitucional, do artigo 227, toda a criança tem o direito fundamental de conviver no seio de sua família, sendo-lhe garantido o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, entre outros direitos capazes garantir as condições dignas para o seu desenvolvimento. Este dispositivo constitucional refere que é dever da família, do Estado e de toda sociedade assegurar à criança, com absoluta prioridade, a promoção desses direitos, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tânia da Silva Pereira (2008, p. 377) refere que através do artigo 227 a Constituição Federal de 1988 priorizou a convivência familiar como um direito fundamental da criança.

Martha de Toledo Machado (2003, p. 154) entende que o direito à convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, constitui um direito da personalidade infanto-juvenil, servindo de base para a Doutrina da Proteção Integral, a qual está pautada no direito à liberdade, respeito e dignidade da criança e do adolescente.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vem nesse sentido reafirmar o disposto na Constituição Federal, ressaltando o direito da criança de ser criada e educada no seio de sua família natural e, excepcionalmente, de família substituta, sendo-lhe assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Josiane Petry Veronese e Mayra Silveira (2011, p. 69) ao comentarem o referido artigo, afirmam que a família é a base da sociedade, é onde o ser humano recebe a primeira educação e os estímulos que contribuirão para a formação de sua personalidade. A autora refere que o vínculo afetivo é fundamental para o desenvolvimento da criança e para a construção da sua integridade física, psicológica e moral.

Nesse sentido, Tânia da Silva Pereira (2008, p.273) ressalta a importância da convivência em família, sobretudo para a criança,

visto que é o “ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência, quer na família natural, quer na substituta”. Assim, conforme entendimento de Pereira (2008, p. 288) a família é o “lugar onde a criança estabelece vínculos com outros indivíduos e participa de uma vida coletiva, a família tem substancial importância na medida em que representa um ambiente de carinho, apoio e um “treino” para a realidade”.

Dessa forma, evidencia-se que o convívio familiar, tanto na família natural quanto na substituta, constitui um direito fundamental da criança e do adolescente, pois é através da convivência em família que ela recebe todo suporte de que necessita para se desenvolver dignamente.

Veronese e Silveira (2011, p. 81) referem que a família natural é “aquela formada por meio da consanguinidade, independentemente da existência de vínculo matrimonial entre os pais”. As autoras ressaltam que se enquadram na categoria de família natural as monoparentais, formadas por apenas um dos pais e seus descendentes e também a família extensa ou ampliada, que ultrapassa a unidade formada pelos pais e pelos filhos, incluindo os parentes que convivam e tenham vínculos afetivos com a criança.

Portanto, depreende-se que a família natural é a família de origem, constituída através do vínculo biológico existente entre pais e filhos, incluindo-se nessa relação os parentes próximos que possuem vínculos afetivos com a criança.

De outro lado, a família substituta é aquela que assume o papel da família natural, através da guarda, tutela ou adoção, na impossibilidade da criança ser mantida em sua unidade familiar biológica.

De acordo com Tania da Silva Pereira (2008, p. 380) a família substituta passa a desempenhar as funções da família consanguínea e deve representar a melhor medida para a criança, para sua proteção e desenvolvimento.

Para Veronese e Silveira (2011, p. 87) a família substituta deve ser compreendida como a unidade familiar, disposta a ter sob guarda, tutela ou adoção, em um ambiente familiar adequado, criança ou adolescente cujos direitos foram violados, tendo em vista a impossibilidade do convívio com sua família de origem. Assim, de acordo com as autoras:

Aquele colocado em família substituta passa a se relacionar afetivamente com esta nova unidade familiar, adotando seus costumes e estilo de vida. Assim, a família substituta assumirá todos os deveres a que a família “natural” estava subordinada, passando a ser responsável pelo sustento, guarda e educação da criança ou do adolescente em seu poder. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 88)

Sobre o instituto da guarda, Pereira (2008, p. 392) refere que “ter alguém sob a guarda representa zelar por ela, estar na companhia e sob os seus cuidados”. Pereira (2008, p. 403) menciona que a concessão da guarda não implica a prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas transfere ao guardião o dever de prestar assistência material, moral e educacional à criança.

Veronese e Silveira (2011, p. 95) ressaltam que existem três modalidades de guarda: a provisória, que poderá ser deferida por meio de medida liminar ou de forma incidental nos procedimentos de tutela e adoção, a permanente, que visa atender situações peculiares fora do processo de tutela e adoção e por fim, a guarda peculiar que está relacionada aos casos de eventual representação da criança quando os pais, em determinada ocasião, não puderem estar presentes.

Em relação a tutela, Pereira (2008, p. 410) assinala que se refere restritivamente aos menores de 18 anos na falta de ambos os pais ou em caso de destituição do poder familiar. A autora menciona que o instituto da tutela é similar ao poder familiar, o

que determina a obrigação de sustento, guarda e educação do tutelado, submetidos à supervisão judicial.

O instituto da adoção será abordado no decorrer do presente estudo, mas em linhas gerais, de acordo com Pereira (2008, p. 423) trata-se do ato jurídico através do qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir relação de paternidade e filiação entre elas.

Assim, depreende-se que diante da impossibilidade da criança permanecer com sua família de origem, a lei prevê a possibilidade da colocação em família substituta, através dos institutos da guarda, tutela e adoção, medida que é adotada com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária, de forma a alcançar o melhor interesse da criança.

Veronese e Silveira (2011, p. 69) nesse contexto, ressaltam que a família natural tem preferência sobre a substituta, pois de acordo com a autora, embora exista a figura da família substituta, o ECA estabelece como prioridade a manutenção da criança e do adolescente junto a sua família biológica. As autoras referem que os pais têm o dever de assistir, criar e educar seus filhos e que somente quando isso não for possível, a criança poderá ser colocada em família substituta. Veronese e Silveira (2011, p. 70) ainda mencionam que antes da colocação em família substituta, deverá ser oportunizado a reintegração da criança em sua família natural e que medidas pertinentes aos pais, como a inclusão em programas de assistência, deverão ser adotadas, quando necessário, para que a criança possa retornar a sua família de origem.

Nesse contexto, é importante ressaltar o caráter excepcional da família substituta, vez que, conforme estabelecido pelo ECA, deverá ser oportunizada a reintegração da criança em sua família de origem, e que somente após esgotados todos os recursos cabíveis para mantê-la em sua família natural, será então autorizada sua colocação em família substituta.

Esse entendimento, consolidado pelo ECA, está fundamentado no princípio da proteção integral, através do qual busca-se atender ao princípio do melhor interesse da criança, que em teoria, seria o de permanecer no seio de sua família biológica. Nesse sentido, evidencia-se que há certa supervalorização da família natural em detrimento da substituta, manifestada pela insistência, muitas vezes injustificada, de manter ou reintegrar a criança em sua família de origem. Na prática, nem sempre a permanência da criança em sua família biológica corresponde ao que é melhor para ela, assim, o afastamento de sua família de origem acaba se tornando a única medida cabível para garantir a efetiva proteção de seus direitos, vez que em sua família natural não foram respeitados.

Atentando-se a essa realidade, houve recente alteração do artigo 39 do ECA, promovida pela Lei 13.509/2017, que passou a estabelecer no § 3º, a prevalência dos direitos e dos interesses da criança sobre os direitos e interesses de outras pessoas, inclusive de seus pais biológicos, justamente para evitar que a criança seja mantida ou reintegrada em família biológica que não lhe garanta a proteção dos seus direitos ou que não apresente perspectivas de garanti-los.

Assim, de acordo com a socióloga Irene Rizzini (2006, p. 23) os principais motivos que levam a criança ao afastamento de sua família natural e posteriormente ao acolhimento institucional estão relacionados a situações que violam os seus direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se a violência intrafamiliar, como o abuso físico e sexual, quadros de violência agravados pelo uso do álcool, negligência, exploração do trabalho infantil, situação de risco por viverem nas ruas, entre outras hipóteses que podem vir a ensejar a perda do poder familiar.

A psicóloga e pesquisadora Lidia Weber (2000) ainda aponta o abandono como outra causa de afastamento da família natural e posterior institucionalização das crianças nos abrigos, além de referir as causas já mencionadas anteriormente. A autora assinala

que a maioria dos casos de abandono ocorrem em locais públicos, como nas ruas, lixos, maternidades, capelas e até mesmo diretamente nas instituições de acolhimento, sendo raros os casos em que as mães entregam os filhos diretamente para a adoção logo após o nascimento, nas Varas da Infância e Juventude.

Diante disso, cabe ressaltar que dentre todos os motivos que levam a criança ser afastada de sua família natural, muitos acabam ensejando também na perda do poder familiar, visto que tratam-se de situações que violam os direitos fundamentais da criança. Nesse contexto, ainda é importante referir que a simples falta ou carência de recursos materiais não constitui por si só, motivo suficiente para afastar a criança de sua família natural ou para que seja declarada a perda do poder familiar.

Em relação à colocação das crianças em instituições de acolhimento, Martha de Toledo Machado (2003, p. 154) ressalta que as crianças acolhidas por essas instituições não conseguem desenvolver sua personalidade humana, basicamente porque “a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto, o que é impossível de ser dar em tais instituições”.

Tania da Silva Pereira (2008, p. 379) considera que os abrigos não possuem condições de substituir a família pois, apesar de terem boa relação de maternagem, tratam-se apenas de referências institucionais, sem vínculos afetivos seguros para a criança. Assim de acordo com a autora:

É no seio do grupo familiar que a criança deve desenvolver e completar o ciclo de socialização; nela assimilam novos valores sociais. Sem dúvida, o espaço familiar é, por excelência, local privilegiado para um aprendizado permanente, orientando-se para resolver seus próprios problemas e enfrentar as dificuldades do dia a dia. Uma instituição de amparo à criança, por melhor que seja a relação de maternagem, não tem condições de oferecer esse intercâmbio afetivo, próprio das relações familiares. (PEREIRA, 2008, p. 453)

Dessa forma, evidencia-se que as instituições de acolhimento não conseguem suprir o papel fundamental da família, que é proteger e promover a dignidade de seus membros através da construção de vínculos afetivos, pois trata-se apenas de uma relação institucional, sem a construção de vínculos duradouros com um adulto.

Veronese e Silveira (2011, p. 70) ainda nesse sentido ressaltam que o convívio familiar é um direito fundamental da criança, sendo portanto a regra, e que por esse motivo, o acolhimento de crianças em instituições é uma medida excepcional.

Assim, diante da fragilidade e da precariedade dos vínculos que se estabelecem em instituições de acolhimento, o instituto da adoção surge nesse contexto como um instrumento capaz de promover a interação familiar, dando uma nova oportunidade para aquelas crianças que se encontrem abrigadas nessas instituições e afastadas de sua família natural, constituírem uma nova família.

A adoção se revela importante alternativa na tentativa de promover a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, pois é uma oportunidade para que o adotando possa desenvolver-se dignamente no seio de uma nova família, de um novo lar, com pais afetivos que se importem com ela e que forneçam os meios necessários para que cresça de forma saudável, uma vez que isso não foi possível no âmbito de sua família natural.

O instituto da adoção está previsto no artigo 39 e seguintes do ECA, que dispõem sobre o caráter excepcional e irrevogável desta medida, a qual poderá ser adotada após esgotados todos os recursos cabíveis para a manutenção da criança em sua família natural.

Veronese e Silveira (2011, p. 106) ao comentarem o referido artigo, ressaltam que a adoção estabelece uma filiação “desbiologizante”, através do qual os pais optam em exercer a maternidade e paternidade. As autoras também referem que o artigo 39 do ECA, trouxe a previsão acerca do caráter irrevogável da adoção após a sentença, não podendo ser o vínculo entre

adotante e adotado dissolvido depois do trânsito em julgado. Veronese e Silveira (2011, p. 108) consideram que a adoção “é um instituto que possibilita a união de pessoas, instituindo uma relação de ascendência e descendência entre adotante e o adotado, decorrente de um ato jurídico irrevogável”.

Carlos Alberto Bittar (1993, p. 236) refere que a adoção constitui um “instituto marcado por forte sentido humanitário, a que o direito empresta força vinculante, a ponto de instituir parentesco civil, de cunho irrevogável entre adotante e adotado e seus familiares”. Bittar (1993, p. 235) refere que “estabelece-se entre adotante e adotado relação de filiação legal, equivalente à natural, no primeiro grau da linha reta”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.376) “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. Gonçalves (2012, p. 376) ainda menciona que o instituto da adoção passou por uma profunda evolução, não mais se destinando apenas a dar filhos aos casais impossibilitados, proporcionando a continuidade da família, mas também a possibilitar que um maior número de crianças desamparadas pudessem ter um novo lar.

Nesse sentido, Martha de Toledo Machado (2003, p. 170) também reforça essa mudança de perspectiva da adoção, sendo entendida atualmente através dos interesses da criança, como o instrumento para dar pais às crianças que não os tenham e não mais para dar filhos aos pais que não os possam ter.

Tania da Silva Pereira ainda nesse contexto, refere que:

A adoção destaca-se dentre as medidas de colocação familiar. Numa nova perspectiva, o instituto se constitui na busca de uma família adequada para uma criança, abandonando a concepção tradicional civil, em que prevalecia sua natureza contratual do instituto e significava um mecanismo de satisfação de interesse dos adultos. (PEREIRA, 2008, p. 423)

As psicólogas Schettini, Amazonas e Dias (2006, p. 287) referem que a finalidade da adoção é substituir de forma completa a família biológica pela adotiva e destacam a dupla finalidade do instituto: “permitir que a criança encontre uma nova família e um ambiente satisfatório para o seu desenvolvimento e possibilitar aos pais o exercício da paternidade”.

Para Veronese e Silveira (2011, p. 105) a adoção estabelece muito mais do que o parentesco civil, “ela abarca um conceito sentimental, constituindo-se em um ato de amor e carinho”. As autoras também ressaltam que a motivação para a adoção deve estar fundamentada no desejo de ser pai, de ser mãe e de ser filho. Conforme entendimento das autoras:

As relações familiares estão muito além dos vínculos jurídicos primados pela lei. O maior requisito à adoção é a capacidade plena de abrir o coração a uma criança ou a um adolescente, aprendendo a amá-los, respeitá-los e a tê-los como filhos verdadeiramente, tornando concreta a norma constitucional regulamentada pelo Estatuto de que “toda” criança e “todo” adolescente têm o direito fundamental à convivência familiar. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 105)

Ainda de acordo com Veronese e Silveira (2011, p. 113) há a necessidade da adoção trazer reais vantagens ao adotado, conforme previsto no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para as autoras, essas vantagens não compreendem apenas as econômicas, mas também outros aspectos, como um lar digno, um ambiente familiar e harmônico, caracterizado pelo afeto e amor.

Contudo, para que possa ocorrer a adoção, existem uma série de requisitos que devem ser observados e um procedimento especial a ser seguido.

Conforme disposição do artigo 40 do ECA, os adotantes devem ser maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, desde que sejam pelo menos 16 anos mais velhos do que o

adotando e não sejam ascendentes ou irmãos da criança que desejam adotar.

Veronese e Silveira (2011, p. 111) nesse sentido referem que o legislador procurou manter a coerência com a capacidade civil plena ao estabelecer a idade mínima de 18 anos para poder adotar. As autoras ressaltam que o artigo em comento não fez qualquer restrição acerca do estado civil dos candidatos à adoção, podendo portanto, serem pessoas casadas, solteiras, viúvas, divorciadas ou em união estável. Em relação a proibição da adoção pelos ascendentes e irmãos, as autoras justificam que está relacionado ao fato de que a adoção rompe definitivamente com os vínculos da família natural e também está relacionado ao direito sucessório, para evitar confusões patrimoniais. Por fim, as autoras sugerem que em havendo relação de parentesco entre adotando e adotado, a medida adequada seria a concessão de guarda ou tutela.

Em relação aos procedimentos da adoção, conforme informações da Cartilha de Adoção de Crianças e Adolescentes no Brasil, elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2008, p. 13) e o disposto no artigo 197-A do ECA, os interessados em adotar devem primeiramente dirigir-se às Varas de Infância e Juventude, portando documentos de identificação, comprovantes de renda e residência, certidão de antecedentes criminais, entre outros documentos, para peticionar sua inscrição nos cadastros locais e nacional de pretendentes à adoção.

Após a aprovação da documentação, conforme o estabelecido no artigo 197-C do ECA, os pretendentes deverão obrigatoriamente participar de programas de preparação psicossocial e jurídica, organizados pelas Varas de Infância e Juventude, que estimulem adoções inter-raciais, de crianças maiores ou adolescentes, com necessidades específicas de saúde e grupo de irmãos.

Concomitantemente ao programa de preparação psicossocial, serão realizadas entrevistas e visitas domiciliares a cargo das equipes técnicas interprofissionais, incluindo

profissionais da área da psicologia e do serviço social, para a realização de um estudo psicossocial com os adotantes e posterior emissão de um parecer técnico (AMB, 2008, p. 13).

A finalidade dos programas de apoio, das entrevistas e visitas domiciliares é conhecer as reais motivações e expectativas dos candidatos à adoção. É buscar analisar se o pretendente possui condições econômicas e psicológicas de exercer a paternidade e maternidade. A partir das entrevistas, busca-se conciliar as características das crianças disponíveis para adoção com as características das crianças pretendidas pelos adotantes. É também nessa fase que se identificam possíveis dificuldades ao sucesso da adoção e é o momento em que os profissionais fornecem orientações e apoio psicológico aos adotantes (AMB, 2008, p. 13).

Nesse contexto, é importante ressaltar que os pretendentes devem receber orientação profissional principalmente em relação a aceitação da criança e o dever de respeitar todas as suas vivências anteriores à adoção, que muitas vezes podem estar associadas a sentimentos de abandono, rejeição, raiva e outros sentimentos negativos.

Nesse sentido, Schettini, Amazonas e Dias referem que:

É de essencial importância que os candidatos a pais tenham a oportunidade de receber suporte psicológico ao longo de todo o tempo de espera do filho. “Grávidos emocionalmente”, necessitam ser tratados como tais, recebendo assessoria profissional que os oriente num processo claro e gradativo de enfrentamento dos medos e angústias vivenciados durante este período. O acompanhamento psicológico também contribuirá para que os futuros pais consigam distinguir as suas reais motivações conscientes e inconscientes para a adoção, discernindo-as daquelas que poderiam ser consideradas inconsistentes e insuficientes, e constituir-se, no futuro, numa situação de risco. (SCHETTINI; AMAZONAS; DIAS, 2006, p. 290)

Portanto, depreende-se que os programas preparatórios, as entrevistas e as visitas domiciliares representam uma fase de

extrema importância no processo de adoção, vez que permite aos pretendentes adotantes prepararem-se emocionalmente para a chegada do filho ou filha e ao mesmo tempo permite que os profissionais possam analisar as reais motivações que os levaram a querer adotar, pois, de acordo com as autoras:

A prática da adoção de crianças não pode estar associada a um caráter assistencial ou filantrópico, tampouco servir a fins egoístas para suprir faltas subjetivas dos adotantes. É necessário interrogar sobre o lugar que a criança ocupará na economia psíquica dos pais e que tipo de filiação irá se estabelecer. Este questionamento é fundamental, pois, dependendo do lugar que se reserve à criança, poderão advir consequências desastrosas do ponto de vista psicológico. (SCHETTINI; AMAZONAS; DIAS, 2006, p. 292)

Assim, conforme o disposto do artigo 197-E do ECA, após a emissão do laudo técnico e o parecer do Ministério Público, os pretendentes à adoção, se considerados aptos, serão inseridos nos cadastros locais e no cadastro nacional de adoção, momento em que estarão oficialmente habilitados para dar início ao processo de adoção.

Nesse contexto, cabe referir que, conforme informações contidas na página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) consiste em um sistema de informações, criado em 2008, que consolida os dados de todas as Varas da Infância e Juventude do Brasil, referentes as crianças e adolescentes aptos à adoção e os pretendentes habilitados à adoção. É uma ferramenta digital que centraliza e cruza essas informações, permitindo a aproximação entre crianças que aguardam por uma família nos abrigos e os pretendentes à adoção em todos os Estados brasileiros, através da análise dos perfis dos adotantes e das crianças disponíveis para adoção. Assim, uma pessoa habilitada a adotar em sua comarca, poderá adotar em qualquer outro lugar do país. Mas, para isso, os pretendentes e as crianças devem ser cadastrados nesse sistema de acordo com seus

perfis e assim que surgir uma compatibilidade, o sistema automaticamente enviará um alerta para a Vara da Infância e Juventude, que entrará em contato com o pretendente.

Ainda nesse sentido, é importante destacar que com a recente alteração do ECA, promovida pela Lei 13.509/2017, o procedimento para habilitação dos pretendentes à adoção passou a ter prazo máximo de 120 dias para ser concluído, podendo ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária, conforme disposição do artigo 197-F.

Assim, após concluída a etapa de habilitação, sempre que surgir uma compatibilidade entre os perfis dos adotantes e adotandos, as Varas da Infância e Juventude entrarão em contato com os pretendentes, comunicando-os sobre a existência de uma criança apta para adoção, que se encaixe no perfil desejado, informado por eles no momento das entrevistas.

O histórico de vida da criança será apresentado ao adotante e, se houver interesse, ambos serão apresentados em um primeiro encontro, que poderá ocorrer na Vara da Infância ou até mesmo na instituição em que a criança estiver acolhida. Sempre que possível, a criança deverá ser ouvida para manifestar-se sobre o desejo de continuar com o processo de adoção ou não (AMB, 2008, p. 13). Em caso afirmativo, o processo seguirá para o estágio de convivência, que conforme o estabelecido no artigo 46, § 4º do ECA, será monitorado pela Justiça e acompanhado pela equipe técnica interprofissional.

Nesse ponto, Veronese e Silveira (2011, p. 370) ressaltam a importância do trabalho realizado pelas equipes interprofissionais, vez que influenciará na decisão do magistrado sobre o deferimento do estágio de convivência e a guarda provisória da criança.

De acordo com o disposto no artigo 46 do ECA, a adoção será obrigatoriamente precedida pelo estágio de convivência, o qual poderá ser dispensado somente se o adotando já estiver sob tutela ou guarda do adotante por tempo suficiente para avaliar se houve a constituição de vínculo afetivo entre eles.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Lei 13.509/2017, estabeleceu no artigo 46, o período máximo de 90 dias para a realização do estágio de convivência, que conforme o §2º-A, poderá ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Veronese e Silveira (2011, p. 117) ressaltam que o estágio de convivência tem a finalidade de “conceder um prazo para que a criança ou o adolescente se adapte à família, bem como para a família se adaptar a esta criança ou este adolescente”, pois, tendo em vista que a adoção é um ato irrevogável, o período de convivência é imprescindível para que os adotantes e os próprios adotandos possam assimilar esse processo e compartilharem juntos a nova realidade.

Assim, o estágio de convivência será realizado de forma gradual, iniciando-se com visitas a instituição em que o adotando encontra-se acolhido. Posteriormente, a criança poderá ser liberada para pequenos passeios e poderá começar a frequentar a casa dos adotantes aos finais de semana ou em dias preestabelecidos, para que ambos possam se aproximar e se conhecerem melhor. Se o relacionamento entre adotantes e adotando ocorrer bem, os pretendentes poderão iniciar o processo de adoção, momento em que será deferida a guarda provisória da criança até o final do processo, sendo o adotando liberado para morar com a nova família (AMB, 2008, p. 14).

Em relação ao deferimento da guarda provisória aos adotantes durante o estágio de convivência, Veronese e Silveira (2011, p. 368) referem que se dará mediante assinatura de termo de responsabilidade, o qual obriga os pretendentes à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente sob seus cuidados. Veronese e Silveira (2011, p. 88) nesse ponto, ainda ressaltam que a criança que está sob guarda da família substituta, passa a se relacionar afetivamente com esta nova unidade familiar, adotando seus costumes e estilo de vida.

Por fim, para finalizar a análise dos procedimentos da adoção, é importante ressaltar que a Lei 13.509/2017, instituiu no artigo 47, § 10º, prazo máximo de 120 dias para a conclusão do processo de adoção, que poderá ser prorrogado uma vez por igual período, mediante decisão fundamentada do juiz.

Assim, diante de todo exposto, depreende-se que as recentes alterações do ECA, mencionadas no decorrer do trabalho, vieram na tentativa de deixar o processo mais rápido e eficaz, evitando as demoras injustificadas que acabavam dificultando a concretização da adoção. Evidencia-se também, que o procedimento para a adoção mostra-se preocupado em promover o melhor interesse da criança, buscando adequar-se ao contexto social em que está inserida e selecionando, através de todas as etapas referidas anteriormente, a família que melhor se encaixe em suas necessidades e que tenha condições de lhe proporcionar uma vida digna, tanto no aspecto econômico quanto no emocional. Ainda, depreende-se que durante o processo de adoção, a criança passa a construir vínculos afetivos com os adotantes, inclusive aderindo aos seus costumes e estilo de vida.

Dessa forma, quando surgem pretendentes interessados em adotar determinada criança, após concluídas as fases de entrevistas, preparação psicossocial e iniciado o estágio de convivência, cria-se no imaginário do adotando uma expectativa de ser efetivamente adotado por aqueles pretensos pais e de ser acolhido por uma nova família que lhe forneça todo suporte necessário para viver dignamente, ao contrário do que, possivelmente, recebia na sua família de origem.

No entanto, no momento em que os pretensos adotantes desistem imotivadamente do processo e devolvem a criança para a instituição de acolhimento, há uma frustração muito grande suportada por ela, visto que gera uma quebra de expectativas.

Levy, Pinho e Faria (2009, p. 63), mencionam que por vezes os pretendentes à adoção pensam que podem “experimentar a criança” e que se não gostarem do “produto” podem simplesmente

desistir do processo, visto que, do ponto de vista jurídico, a adoção se torna irrevogável somente após a sentença do juiz. Contudo, do ponto de vista psicológico, as autoras referem que os requerentes à adoção, ao levarem a criança para casa sob sua guarda provisória, já estabelecem um compromisso ético com ela em relação à adoção

Nesse sentido, as autoras Levy, Pinho e Faria (2009, p. 62) sustentam que as devoluções de crianças aos abrigos criam marcas traumáticas em suas histórias, que permanecerão por toda sua vida. As autoras ainda referem que diante dessas situações, as crianças demonstram desacreditar na figura da família e nos adultos, pois a devolução aos abrigos e a incompreensão e incapacidade dos adultos em acolher os adotandos, causa-lhes muita dor e sofrimento. Assim, para as autoras:

Se a criança for integrada à família como filho, qualquer crise não será diferente daquelas vividas em famílias com filhos biológicos. As devoluções apontam para um fracasso que atinge a todos os envolvidos no processo, principalmente às crianças que, na maior parte das vezes, acabam sendo responsabilizadas pela decisão tomada pelos adultos. (LEVY; PINHO; FARIA, 2009, p. 60)

Assim, depreende-se que o resultado esperado do estágio de convivência é que resulte na concretização da adoção, com a construção de uma nova família, fraterna e amorosa. Portanto, quando ocorre a devolução da criança às instituições de acolhimento, elas acabam sofrendo um forte abalado emocional ao ver frustrada sua expectativa de ser efetivamente adotada e tornam-se as principais vítimas da situação, visto que além de retornarem para as instituições de acolhimento, vão carregar essa experiência traumática, de ser devolvida, ao longo de suas vidas. Ademais, as crianças acabam sofrendo as consequências pelas decisões tomadas pelos adultos, que em regra, deveriam estar cientes dos seus atos, pois conforme visto anteriormente, os adotantes passaram pelo processo de acompanhamento e apoio psicológico, justamente para evitar esse tipo de comportamento.

Assim, tendo em vista que a devolução de crianças às instituições de acolhimento durante o processo de adoção traz uma série de prejuízos a elas, inclusive de âmbito moral, é necessário analisar de que forma a lei e a doutrina se posicionam a respeito do cabimento de um possível dano moral devido à criança nos casos em que ocorre a devolução.

2 O posicionamento da lei e da doutrina a respeito do cabimento do dano moral à criança pela desistência da adoção

Após a análise feita anteriormente, sobre a importância da adoção e as legítimas expectativas geradas no adotando, faz-se necessário nesta parte do trabalho, realizar um breve estudo acerca do instituto da responsabilidade civil, seus conceitos e requisitos, e também, sobre como a legislação brasileira e a doutrina se posicionam a respeito de um possível dano moral às crianças devolvidas no processo de adoção.

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2009, p. 28) a responsabilidade civil consiste na obrigação de sanar, recompor ou ressarcir os danos e prejuízos causados a outrem, decorrentes de atos ilícitos que afrontem a ordem jurídica ou que desrespeitem o que está previsto em lei.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 22) o instituto da responsabilidade civil integra o direito das obrigações, uma vez que está relacionado com a prática de um ato ilícito que acarreta para o autor na obrigação de reparar o dano causado ao ofendido.

Assim, depreende-se que a responsabilidade civil surge para o indivíduo quando este praticar uma violação ao direito de outrem, causando a esta pessoa um dano ou prejuízo. Significa dizer então, que o agente que gerou o ato ilícito através de sua conduta, ficará obrigado a reparar o dano causado ao ofendido.

Esse entendimento acerca da responsabilidade civil encontra amparo na Constituição Federal, nos incisos V e X do artigo 5º, os quais garantem ao ofendido o direito a indenização em caso de

violação aos direitos de personalidade, tais como a intimidade, a honra e a imagem.

Além do viés constitucional, as cláusulas gerais da responsabilidade civil também estão disciplinadas nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Dispõe o artigo 186, do Código Civil, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil, vai ao encontro do disposto no artigo 186 ao estabelecer que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”

Assim, através da conjugação dos referidos artigos, pode-se inferir que quando o indivíduo, mediante conduta comissiva ou omissiva, causar um dano a outra pessoa, terá cometido um ato ilícito e portanto, ficará obrigado a repará-lo, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro não se admite a violação de direitos sem a devida reparação.

De acordo com Sérgio Cavaliere Filho (2010, p. 18) o artigo 186 do Código Civil apresenta os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa do agente, o nexo causal e o dano experimentado pela vítima. Assim, para o autor:

[...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola o direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui inexorável dever de indenizar, consoante art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. (CAVALIERE FILHO, 2010, p. 18)

Em relação ao elemento culpa, Rizzardo (2009, p. 28) refere que a conduta culposa se divide em sentido estrito e sentido amplo. A culpa em sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária do agente e se revela pela negligência, imprudência ou imperícia. Já a conduta culposa em sentido lato é a que abrange o dolo, correspondendo a uma ação ou omissão voluntária, pretendida, almejada pelo agente. Assim, de acordo com o autor, em ambas as dimensões da culpa, haverá o desrespeito a ordem jurídica estabelecida pelo direito e portanto, configurará o ato ilícito.

Sobre o nexos causal, Rizzardo (2009, p. 71) refere que se resume a três elementos: o dano, a antijuricidade da conduta e a imputação. Assim, para o autor, o nexos causal é a relação que se estabelece entre o ato ilícito praticado, o dano ou prejuízo causado a vítima e a imputabilidade ao sujeito causador, que passa a responder pelo ato praticado.

Já em relação ao dano, Rizzardo (2009, p. 53) ressalta que se trata do elemento central que leva à responsabilidade civil, uma vez que, para gerar o dever de reparação, a vítima deverá, necessariamente, ter suportado um prejuízo com ato perpetrado contra ela.

Dessa forma, depreende-se que não basta apenas ter o agente praticado uma conduta ilícita para configurar o dever de reparação civil. É necessário também que a conduta ilícita praticada cause um dano real a vítima, pois do contrário, não restará configurado para o autor o dever de reparar. Assim, infere-se que o dano é um elemento indispensável dentro da responsabilidade civil.

Nesse contexto, Clayton Reis (1998, p. 3) refere que a ideia de dano comumente está associada aos bens materiais e aos valores ligados aos bens físicos que integram o universo das coisas corpóreas. Porém, de acordo com Reis (1998, p. 6) é importante ressaltar que existe também um patrimônio desmaterializado, no qual estão compreendidos os sentimentos múltiplos dos seres humanos e os valores que compõem a personalidade do indivíduo,

os quais, assim como os bens materiais, merecem a proteção do direito.

Nesse sentido, Rizzardo (2009, p. 71) refere que o dano pode atingir a universalidade de bens existentes, tais como o patrimônio material ou econômico da pessoa física ou jurídica, seus valores espirituais e interiores, o nome, a honra, a integridade física, entre outros bens necessários para a normalidade da vida.

Gonçalves (2016, p. 54) refere portanto, que o dano sofrido pela vítima pode ser tanto de cunho material, quando houver prejuízos de ordem financeira para o ofendido, quanto de cunho moral, quando o ato ilícito atingir o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio.

Assim, evidencia-se que o dano causado pode produzir efeitos em diferentes esferas da vida do ofendido, como por exemplo na esfera financeira, estética e moral, sendo esta última o objeto de estudo do presente trabalho, já que a desistência imotivada dos adotantes pode conduzir a sérios danos à criança ou adolescente preterido, retirando-lhe a chance de constituir nova relação familiar.

Conforme entendimento de Rizzardo (2009, p. 246) o dano moral, também denominado não-patrimonial ou ainda extrapatrimonial, consiste no sofrimento psíquico ou moral que gera um prejuízo aos sentimentos do indivíduo. É o dano que atinge o ofendido como ser humano, que viola seus valores espirituais e morais, essenciais à vida, tais como a honra, a tranquilidade e a integridade, causando-lhe muita dor, tristeza e frustrações.

Cavaliere Filho (2010, p. 87) refere que o dano moral é a violação do direito à dignidade, no qual estão inseridos os direitos de personalidade. Para o autor, só deverá ser reputado como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.

Assim, evidencia-se que o dano moral constitui um prejuízo de ordem emocional, que afeta o indivíduo como ser humano, violando sua dignidade e seus direitos de personalidade, como a vida, a honra e a imagem, não possuindo repercussão direta em seu patrimônio.

Rizzardo (2009, p. 246) nesse sentido, ainda refere que os meros aborrecimentos do dia a dia aos quais os indivíduos encontram-se sujeitos, como por exemplo uma longa espera em fila e o engarrafamento no trânsito, não são capazes de ensejar o dano moral.

Conforme entendimento de Cavalieri Filho (2010, p. 85), o dano moral possui duplo aspecto: punitivo e preventivo. O aspecto punitivo, no sentido de que impõe um castigo ao causador do dano pelo fato de ter violado um bem jurídico de outra pessoa, e o preventivo no sentido de que, ao ser punido pela infração cometida, o ofensor ficará desestimulado a cometer novos danos.

Rizzardo (2009, p. 245) nesse contexto, ressalta que o dano moral também possui um caráter compensatório junto à vítima, uma vez que a reparação moral visa compensar em dinheiro, o mal suportado pelo ofendido.

Nesse sentido, Clayton Reis (1998, p. 4) refere que a diferença substancial entre o dano moral e o material encontra-se justamente na forma de reparação. Enquanto que no dano material a reparação tem a finalidade de repor as coisas lesionadas ao seu estado anterior ou possibilitar a vítima a aquisição de um bem semelhante ao destruído, no dano moral a reparação “reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima”.

Dessa forma, depreende-se que a finalidade da reparação do dano moral é compensar o ofendido, mediante pagamento em dinheiro, por toda a dor, sofrimento, sentimento de ausência, de humilhação e de constrangimento suportados.

Portanto, de acordo com Rizzardo (2009, p. 269) a indenização pelo dano moral sofrido, não pode se converter em fonte lucro para o ofendido, uma vez que assim, perderia seu caráter meramente compensatório. O autor nesse sentido também refere que, não existe uma regulamentação específica ou um critério objetivo que imponha valores para a fixação do moral. Será necessário analisar o caso concreto, levando-se em consideração a intensidade do sofrimento moral suportado, a gravidade do ato que ensejou o dano, a grau de proximidade entre o ofendido e o ofensor, as condições econômicas das partes, entre outros fatores.

Nesse contexto, Reis (1998, p. 103) ressalta que as dificuldades advindas da subjetividade do dano moral em relação à fixação de valores, não podem constituir empecilhos para sua aplicação. De acordo com autor, apesar de não existirem parâmetros legais, o juiz deverá fixar o quantum indenizatório, valendo-se dos elementos constantes no processo, do bom senso e da equidade.

Em relação à legitimidade para requerer a reparação civil pelos danos morais, Rizzardo (2009, p. 923) refere que, em regra, é a própria vítima, a pessoa que diretamente suportou o prejuízo, ou então, sendo o caso de falecimento da vítima, os parentes mais próximos serão legitimados a buscar o dano moral.

Nesse sentido, Gonçalves (2016, p. 393) sustenta que as crianças podem ser vítimas de dano moral e que através de seus representantes, podem pleitear a reparação civil, pois, conforme entendimento do autor, o dano moral não exige qualquer requisito ou condição pessoal, sendo direito de todas as pessoas naturais, capazes ou incapazes. O autor ainda refere que apesar da criança de tenra idade não poder sentir ou compreender o significado do mal que lhe está sendo feito, não se pode deixar o ofensor sem a devida sanção.

Dessa forma, Rizzardo (2009, p. 265), também ressalta que, ainda que no momento em que o dano é praticado contra a criança, ela talvez não tenha percepção de todo o mal que lhe está

sendo feito, futuramente sofrerá com os traumas, as frustrações e as inseguranças advindas do dano sofrido, deixando marcas permanentes em sua vida.

Assim, diante de todas as considerações feitas até o momento sobre o dano moral, evidencia-se que as crianças devolvidas às instituições de acolhimento durante o processo de adoção, em consequência da desistência do processo, também são partes legítimas para buscar a reparação civil em razão do forte abalo emocional suportado ao verem frustradas suas expectativas de serem adotadas.

Apesar de não haver legislação específica que disponha sobre a obrigação de reparar o dano moral causado às crianças nos casos que envolvam a desistência do processo de adoção e a devolução ao acolhimento, existem outros elementos que podem e devem ser considerados para que se estabeleça o dever de reparação em favor das crianças.

Importante ressaltar que o dano moral resta configurado nesses casos, uma vez que os adotantes ao devolverem as crianças para o acolhimento durante o processo de adoção, estão violando seus direitos fundamentais, causando-lhes sentimentos de rejeição, tristeza, angústia e dor, os quais interferem intensamente no seu bem-estar.

Nesse contexto, cabe ressaltar que as crianças aptas para adoção, que vivem em instituições de acolhimento, ou que estão em estágio de convivência, encontram-se em um estado de vulnerabilidade maior, uma vez que já passaram por uma vivência anterior de abandono. Portanto, espera-se que os adotantes atuem conforme a boa-fé, promovendo a proteção da criança, respeitando seus direitos e principalmente, buscando corresponder a suas expectativas de ser acolhida como filho ou filha. Agir de maneira diversa contribuirá para agravar o estado psicológico do adotando, causando-lhe ainda mais dor e sofrimento e sentimento de rejeição.

Rizzardo (2009, p. 522) refere que o abuso de direito e a violação do princípio da boa-fé se revelam quando o indivíduo, aproveitando-se da credibilidade ou da confiança da outra parte, extrapola os limites do tolerável na busca pela satisfação de seu direito, causando sérios prejuízos e malefícios ao outro. O autor assim ressalta que diante desse comportamento, resta configurado o dever de reparar os danos causados ao ofendido, posto que, o abuso de direito e a violação da boa-fé objetiva também constituem hipóteses que ensejam a reparação civil.

Diante disso, infere-se que os adotantes ultrapassam os limites da boa-fé ao devolverem as crianças para as instituições de acolhimento, visto que os adotandos depositaram neles a confiança de que formariam uma nova família, criaram expectativas que restaram frustradas, causando-lhes assim enorme prejuízo moral, e que portanto, devem ser reparados.

Nesse contexto, a Constituição Federal também oferece proteção aos direitos da criança, inclusive assegurando a elas, conforme o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais, inerentes à toda pessoa humana, dentre os quais estão incluídos o direito à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária. O artigo 227 prevê ainda que toda criança será colocada a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, Tania da Silva Pereira (2008, p. 24) ressalta que a Doutrina da Proteção Integral, fundamentada no artigo 227, se baseia na concepção de que as crianças são sujeitos de direitos universais, comuns aos adultos, e também de direitos especiais, decorrentes da sua condição peculiar de desenvolvimento, os quais devem ser respeitados. Por isso, a autora refere que qualquer decisão a ser tomada que envolva os direitos da criança, deverá sempre levar em consideração o seu estado de desenvolvimento, como forma de promover sua proteção e garantir seus interesses.

O artigo 5º do ECA, no mesmo sentido do artigo 227 da Constituição Federal, estabelece que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo-se na forma da lei o indivíduo que praticar qualquer conduta que atente aos seus direitos fundamentais.

Veronese e Silveira (2011, p. 36) ao comentarem o referido artigo, referem que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, e como tal, são protegidos pela lei, que deverá responsabilizar aqueles que desrespeitarem seus direitos, da mesma forma com que responsabiliza qualquer violação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Portanto, evidencia-se que as devoluções de crianças às instituições de acolhimento configuram uma forma de violência e crueldade praticadas contra elas, uma vez que representam uma violação a sua dignidade como ser humano e também uma afronta ao direito fundamental de serem respeitadas como sujeitos de direito, devendo portanto, que os ofensores sejam punidos pela sua conduta.

Além disso, a recente alteração do ECA, promovida pela lei 13.509/2017, levando em consideração os inúmeros casos de devolução de crianças às instituições de acolhimento durante o processo de adoção e o enorme abalo emocional que essa conduta traz para os adotandos, estabeleceu no artigo 197- E, § 5º, a previsão de exclusão dos adotantes do cadastro de habilitação e a proibição de renovação da habilitação, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, aos adotantes que desistirem da guarda para fins de adoção ou devolverem a criança após o trânsito em julgado da sentença de adoção.

Tal medida, apesar de não estabelecer especificamente o dever de reparar o dano moral causado, abriu margem para que diante desses casos, se apliquem outras sanções previstas em lei, como por exemplo o dever de reparação civil, uma vez que

reconhece a gravidade dessas condutas e o forte dano emocional que geram no adotando.

Fazendo agora uma analogia ao dano moral pelo abandono afetivo, que já vem sendo concedido pelos Tribunais, infere-se que seria perfeitamente possível que os adotantes fossem responsabilizados pela desistência do processo de adoção, visto que ambos os casos partem de um ponto em comum, que é a construção ou desconstrução dos vínculos afetivos.

Considerando que o estágio de convivência muitas vezes se prolonga por extenso período de tempo, é suficiente para que os adotandos construam laços de afinidade e afeto com os adotantes, na expectativa de formarem uma nova família, formação de vínculos que é plenamente justificável, especialmente em seres que se revelam tão carentes de cuidado e afeto familiar, como ocorre com quem está institucionalizado. Portanto, ao serem devolvidos para as instituições de acolhimento resta configurado para eles mais um abandono afetivo.

Nesse sentido, Giselda Hironaka (sd, p. 4) refere que o abandono afetivo:

[...] se configura pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade

Diante disso, evidencia-se que o dano moral pelo abandono afetivo também não encontra previsão expressa na legislação, tratando-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, com fundamento no princípio da proteção integral da criança, estabelecido pela Constituição Federal, que pode ser igualmente aplicado aos casos de devolução de crianças.

Cabe ressaltar também que a Lei 13.509/2017, estabeleceu no artigo 39, § 3º do ECA, a prevalência dos direitos e interesses do adotando em detrimento aos direitos e interesses de outras pessoas. Portanto, ainda que essa previsão já estivesse implícita no princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, passou a ser expressamente estabelecida no texto legal, devendo ser aplicada nos casos em que houver conflito entre direitos e interesses de crianças com os de outras pessoas, como nos casos que envolvem a devolução das crianças aos abrigos.

Por fim, diante do exposto, é de extrema importância ressaltar que, considerando que a desistência do processo de adoção é uma realidade constante nas Varas da Infância e Juventude e que essa conduta gera profundos danos na criança, os legisladores, atentos a essa situação e preocupados em garantir a defesa dos direitos da criança, elaboraram o Projeto de Lei 370, de 06/10/2016, em tramitação no Senado Federal, que propõe justamente a responsabilização civil dos adotantes que desistirem imotivadamente do processo de adoção.

Assim, demonstra-se que apesar de não existir previsão legal específica sobre o dever de reparar o dano moral causado às crianças que são devolvidas às instituições de acolhimento durante o processo de adoção, a lei e a doutrina não apresentam óbice para o reconhecimento do dever de indenizar. Pelo contrário, evidencia-se que tanto a lei, quanto a doutrina, adotam posição favorável à defesa dos direitos e interesses das crianças, reconhecendo-as como sujeitos de direitos que estão em condição peculiar de desenvolvimento, e que portanto, merecem a proteção absoluta de seus direitos e interesses. Todavia, enquanto o projeto não for convertido em lei, fica a critério do juiz a concessão do dano moral aos adotandos, conforme o seu entendimento.

Portanto, para verificar qual é o entendimento adotado pelos juízes e desembargadores acerca do cabimento do dano moral devido às crianças pela desistência do processo de adoção, é

necessária a realização de pesquisa jurisprudencial, que será feita a seguir.

3 Entendimento jurisprudencial sobre o tema

Para a elaboração do presente trabalho foi realizada uma pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça da Região Sul, no mês de maio de 2018, abrangendo a totalidade dos julgados, com as seguintes palavras-chave: “processo de adoção”, “desistência do pedido”, “dano moral à criança” e “desistência do processo de adoção”.

Assim, na busca realizada na página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) foi encontrado apenas um julgado, o qual abordava especificamente a questão do dano moral devido à criança pela desistência da adoção. Já a pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) resultou em 15 julgados, dentre os quais somente um possuía relação com o presente estudo, sendo os demais relacionados a ações de alimentos², reconhecimento de paternidade e indenização por acidente de trânsito. Por fim, no Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) foram encontrados 3 julgados, porém nenhum relacionado com a temática do presente trabalho, mas sim com a desistência de negócio jurídico de prestação de serviço e adoção internacional.

Dessa forma, foram encontradas apenas duas jurisprudências nos Tribunais da Região Sul que abordavam especificamente o cabimento do dano moral à criança pela desistência do processo de adoção, os quais serão analisados a seguir.

Feitas as considerações preliminares quanto à pesquisa dos julgados e os resultados obtidos, passa-se para a apresentação e análise dos dois acórdãos encontrados.

² Na pesquisa feita na página do TJSC, foram encontrados julgados referentes à concessão de alimentos ao adotando para fins de custeio de tratamento psicológico, em razão do abalo emocional suportado pela desistência do processo de adoção.

O primeiro caso a ser analisado é o Acórdão nº 7000484878³, julgado pela Sétima Câmara Cível do TJRS, em 31 de agosto 2016. Trata-se de um recurso de Apelação interposto pelos adotantes V. B. Z. e D. Z., contra sentença proferida nos autos da Ação Declaratória de paternidade e maternidade socioafetiva em favor do adotando J. W. S. P., que reconheceu o vínculo socioafetivo entre adotantes e adotado, condenando os demandados ao pagamento de alimentos ao adotando, fixados em R\$ 315,00, bem como à indenização pelos danos morais sofridos no valor de R\$ 7.880,00.

Neste caso, conforme os fatos narrados no acórdão, o casal de adotantes esteve com a guarda provisória do adotando pelo período de aproximadamente três anos, de 2010 a 2013, quando devolveram o menino para a instituição de acolhimento. O casal passou a demonstrar desinteresse na adoção somente após o nascimento do filho biológico, em 2012. O processo de adoção foi extinto em julho de 2014.

No recurso, os apelantes alegaram não terem constituído vínculos afetivos com o adotando no período em que conviveram, ao ponto de ser-lhes imputada a paternidade e a maternidade e o dever de prestar alimentos. Sustentaram que possuíam uma relação conflituosa com o adotando, inclusive com momentos de agressividade praticada por ele contra os adotantes, que foram agravadas após o nascimento do filho biológico do casal.

³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DO PEDIDO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. I - O reconhecimento da paternidade socioafetiva requer apuração do vínculo de afetividade no âmbito social, além da posse de estado de filho. No entanto, demonstrada a renúncia expressa quanto ao desejo de serem os pais da criança, tendo os demandados desistido da adoção ainda quando tramitava o processo (fl. 110), aliada à ausência de vínculo afetivo entre eles, não há que se falar em reconhecimento da maternidade e paternidade socioafetiva. II - Igualmente, antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos demandados, que não concluíram o processo de adoção da criança. III - No caso, por mais triste e complexo que seja a situação, inexistindo efetivo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico, causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, E PROVIDO O DOS DEMANDADOS. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

A Defensoria Pública apresentou contrarrazões, postulando a majoração dos alimentos fixados para um salário mínimo, frente às necessidades do menino e às possibilidades econômicas dos pais socioafetivos. Postulou também a majoração da indenização pelo dano moral sofrido para valor não inferior a R\$ 50.000,00, referindo que o valor arbitrado a título de dano moral deve levar em consideração os graves danos sofridos pela criança e a capacidade financeira dos adotantes. Por fim, postulou pela improcedência do recurso.

Diante dos fatos, a relatora do acórdão iniciou o voto referindo que a filiação socioafetiva vem sendo reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina, com amparo no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, juntamente com o artigo 1.593 do Código Civil, levando em consideração o amor, cuidado e vontade de ser genitor, bem como o melhor interesse da criança.

Na sequência, a relatora mencionou os pressupostos que caracterizam a paternidade socioafetiva, entre os quais citou a posse de estado de filho, a relação sólida e duradoura perante a sociedade e também a manifestação clara da vontade de ser pai e de ser filho de forma livre e espontânea.

No entanto, a desembargadora entendeu que no caso em apreço, não estava caracterizado o vínculo socioafetivo entre as partes, visto que os apelantes renunciaram expressamente o desejo de serem pais do menino quando desistiram do processo de adoção, não havendo sentimento de empatia entre eles.

A relatora ressaltou que por mais triste que seja a situação da devolução do menino ao acolhimento, não ficou demonstrado através dos pareceres psicossociais e das audiências realizadas em juízo, que houve um efetivo prejuízo à integridade psicológica do adotando, que pudesse interferir intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar. A magistrada ainda afirmou que antes da sentença constitutiva de adoção, não há lei que imponha obrigação

alimentar aos demandados que não concluíram o processo de adoção da criança.

Assim, aliando-se ao parecer psicossocial, que foi desfavorável à adoção, bem como à inexistência de vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança, a relatora deu provimento ao recurso dos adotantes, julgando improcedente os pedidos realizados em primeira instância, não reconhecendo a filiação socioafetiva e denegando a fixação de alimentos e a indenização por danos morais.

Dessa forma, evidencia-se que a decisão da relatora foi de encontro ao melhor interesse da criança, uma vez que fundamentou seu entendimento basicamente na ausência de lei que imponha o dever de indenizar à criança devolvida ao acolhimento durante o processo de adoção.

A desembargadora não levou em consideração princípios constitucionais, norteadores do direito da criança e do adolescente, como o princípio da proteção integral e a dignidade da pessoa humana. Assim, evidencia-se que neste caso, a relatora priorizou os direitos e interesses dos adultos, não respeitando o melhor interesse da criança e sua condição de desenvolvimento peculiar, portanto, indo em sentido contrário ao que prevê a legislação e orienta a doutrina, conforme visto anteriormente.

Além disso, a magistrada considerou que através dos pareceres psicossociais e das audiências realizada em juízo, não ficou demonstrado que houve um efetivo prejuízo à integridade psicológica do adotando, que pudesse lhe causar um dano moral. Porém, é importante ressaltar, que quando se trata de ato ilícito praticado contra crianças, elas talvez não tenham a percepção de todo o mal que lhe está sendo feito no momento do ato, em razão de sua pouca idade e grau de desenvolvimento, mas que futuramente sofrerá com os traumas, frustrações e inseguranças advindas do dano sofrido, os quais deixarão marcas permanentes em sua vida, conforme já demonstrado anteriormente.

Portanto, entende-se equivocada a decisão do referido Tribunal, uma vez que não levou em consideração os direitos e o melhor interesse da criança, fazendo uma interpretação da lei de acordo com os interesses dos adotantes ao não reconhecer o dano moral e o dever de indenizar, contrariando assim, princípios constitucionais e outros dispositivos legais que estabelecem a proteção da criança, com absoluta prioridade, e o respeito a sua dignidade e condição de desenvolvimento peculiar, já referidos anteriormente.

O segundo caso a ser analisado é o Acórdão nº 0900039-43.2014.8.24.0064⁴, julgado pela Quinta Câmara de Direito Civil do TJSC, em 21/03/2017. Trata-se também de uma Apelação Cível, interposta pelos adotantes S. A. M. C. e T. V. C, contra a sentença que lhes condenou ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 8.688,00 em favor do adotando.

Conforme o caso narrado no Acórdão, os adotantes formalizaram o pedido de adoção do menino em 18/12/2012, sendo que em 07/03/2013 expuseram em juízo o desejo de não mais adotar a criança, devolvendo-a para o acolhimento. Posteriormente, em 08/11/2013, o casal novamente demonstrou interesse em retomar a adoção, sendo-lhes concedida por mais uma vez a guarda do menino. Contudo, em 17/01/2014, os adotantes novamente informaram em juízo a desistência da adoção, sendo o adotando devolvido ao acolhimento pela segunda vez.

Ressalta-se que, conforme os fatos narrados no Acórdão, o casal de adotantes foi informado sobre a situação delicada em que

⁴ APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUMULADA COM PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ESTÁGIOS DE CONVIVÊNCIA VISANDO À ADOÇÃO FRUSTRADOS. DUPLA DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO AGRAVAMENTO DOS TRAUMAS NO INFANTE. ARGUMENTO AFASTADO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A DEMONSTRAR A PIORA COMPORTAMENTAL DA CRIANÇA NOS MOMENTOS POSTERIORES A CADA DEVOLUÇÃO. AGRAVAMENTO DO ESTADO EMOCIONAL. INEGÁVEL DANO PSICOLÓGICO À CRIANÇA. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO ACOLHIDO. VALOR ADEQUADO AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017)

se encontrava o menino, que vinha de um contexto familiar de violência em que sofria maus tratos por parte da mãe biológica e que estava inclusive realizando tratamento psicológico e psiquiátrico para minorar os traumas sofridos.

Todavia, os apelantes sustentaram no recurso que não haviam nos autos elemento que demonstrassem que as devoluções por eles perpetradas tivessem, de alguma forma, agravado os problemas vivenciados pela criança. Alegaram ainda que não causaram nenhum prejuízo ou abalo psicológico no menino, pois ele já estava acostumado com essa situação, uma vez que já havia sofrido com o abandono por parte da família biológica. Tal argumento revela o terrível descaso e insensibilidade dos adultos, pretensos adotantes, pelos sentimentos da criança, evidenciando o quanto estavam preocupados somente com o seu interesse.

Essa tese sustentada pelos adotantes não encontrou acolhimento nos autos, pois ficou demonstrado no processo, através das avaliações psicológicas, que após ser devolvido por duas vezes ao acolhimento, o menino passou a desenvolver comportamento agressivo e autodestrutivo, ferindo a si mesmo com mordidas e batendo a cabeça contra o chão, sentimentos de raiva, agitação, e culpa por ter sido devolvido, apresentando ainda crises de ira e choro, comportamentos que não possuía antes da dupla devolução. Também ficou demonstrado que o menino reconhecia os adotantes como pai e mãe, que sentia falta deles e que ainda alimentava expectativas de ser adotado por eles.

Assim, diante dos fatos relatados, o relator do Acórdão votou no sentido de manter a sentença de primeiro grau, pois conforme seu entendimento, o casal de adotantes “encheu a criança de esperanças e expectativas de construir vínculos afetivos” que foram frustradas por duas vezes, sendo indiscutível que essa conduta tenha agravado sobremaneira o estado emocional do menino. O desembargador referiu ainda que os adotantes não demonstraram “qualquer esboço de preocupação com as consequências que as atitudes por eles perpetradas poderiam repercutir na esfera

pessoal da criança que eles pretendiam adotar, ser humano ainda em pleno desenvolvimento”, mas tão somente preocupação com seus próprios bem-estar.

Por fim, o relator enfatizou que “alegar que essa situação não feriu a autoestima da criança, que não agravou sua já debilitada estrutura emocional, é menosprezar sobremaneira os sentimentos de G.”, e assim, manteve a condenação do dano moral arbitrado em R\$ 8.688,00, considerando que este valor indenizatório mostrou-se justo e razoável uma vez que cumpriu com binômio punição dos ofensores e reconforto ao ofendido.

Neste caso, ao contrário do caso apresentado anteriormente, evidencia-se que a decisão do relator reconheceu o dano moral sofrido pela criança ao ser devolvida por duas vezes ao acolhimento, priorizando seus direitos e interesses em detrimento dos interesses dos adotantes. O desembargador decidiu conforme os princípios da proteção integral e melhor interesse da criança, respeitando sua condição peculiar de desenvolvimento.

Ademais, ainda que não haja previsão expressa em lei sobre o dever de reparação nos casos em que ocorra a devolução da criança ao acolhimento, o relator fundamentou sua decisão nas cláusulas gerais da responsabilidade civil, artigos 186 e 927 do Código Civil, evidenciando que sob o viés legal não há óbice para a concessão do dano moral às crianças devolvidas durante o processo de adoção.

Considerações finais

A partir da pesquisa desenvolvida verificou-se que o direito à convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal e também no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui um dos direitos fundamentais mais importantes a ser garantido às crianças, uma vez que é através da família que elas recebem todo suporte de que necessitam para se desenvolver dignamente.

Nesse contexto, evidenciou-se que a família natural, formada pelos vínculos de consanguinidade entre os pais e os filhos e também os parentes próximos, possuem preferência sobre a família substituta, que desempenha as funções da família consanguínea na impossibilidade desta exercê-las, através dos institutos da guarda, tutela ou adoção.

Assim, verificou-se que os principais motivos que levam a criança a ser afastada de sua família natural são as situações em que a própria família viola os direitos fundamentais da criança, como ocorre nos casos de violência física, abuso sexual, uso de álcool e drogas pelos membros da família, negligência e abandono.

Considerando que ao serem afastadas de sua família natural, as crianças passam a viver em instituições de acolhimento, observou-se que tais instituições, por mais que se esforcem, não são ambientes adequados para que as crianças se desenvolvam, pois não há a construção de vínculos duradouros com adultos, os quais são necessários para seu pleno desenvolvimento.

Dessa forma, evidenciou-se que a adoção representa uma importante alternativa na tentativa de promover a convivência familiar e comunitária das crianças e dos adolescentes que se encontram abrigados nas instituições de acolhimento, visto que a adoção busca reintegrá-los em um novo lar, com pais afetivos que se importem com eles e que forneçam os meios necessários para que cresçam de forma saudável, uma vez que isso não foi possível no âmbito de sua família natural.

Diante disso, demonstrou-se que a adoção possui um procedimento específico, o qual abrange várias etapas, tais como a habilitação dos adotantes no Cadastro Nacional de Adoção, preparação em cursos psicossociais, entrevistas domiciliares, estágio de convivência com o deferimento da guarda provisória, e por fim, a concretização da adoção com a sentença constitutiva.

Em relação aos procedimentos para a adoção, também pode-se perceber que a Lei 13.509/2017, que alterou alguns dispositivos do ECA, trouxe importantes modificações para o instituto da

adoção, na tentativa de deixar o processo mais rápido e eficaz, como por exemplo a instituição do prazo máximo de 90 dias para o estágio de convivência e o prazo máximo de 120 dias para conclusão do processo de adoção.

Assim, evidenciou-se que o desejado é que do estágio de convivência resulte na concretização da adoção. Contudo, verificou-se que quando ocorre a desistência do processo há um abalo emocional muito forte suportado pela criança, uma vez que sua expectativa de ser adotada e constituir uma nova família resta frustrada. Nesse sentido, pode-se inferir também que a devolução da criança ao acolhimento gera uma experiência traumática que permanecerá ao longo de sua vida.

É nesse contexto que se defende a aplicação do dano moral à criança, decorrente da desistência do processo de adoção, em razão de todo o constrangimento e sofrimento psicológico suportados ao ser devolvida para as instituições de acolhimento, frustrando sua legítima expectativa de ser adotada.

Diante disso, concluiu-se que há a configuração do dano moral nesses casos, e que portanto, deve haver a devida reparação, ainda que não exista previsão legal específica sobre o dever de reparar o dano causado à criança.

Nesse sentido, verificou-se que a legislação e a doutrina não apresentam empecilhos para que seja fixado o dano moral à criança pela desistência da adoção. Ao contrário, evidenciou-se que tanto na legislação, quanto na doutrina, há o entendimento de que os direitos da criança devem ser priorizados em detrimento dos direitos de outras pessoas, principalmente em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento, ficando a critério do juiz concedê-lo ou não.

Uma vez demonstrado o posicionamento da lei e da doutrina acerca do tema em questão, verificou-se que nos Tribunais de Justiça da Região Sul o dano moral pela desistência do processo de adoção ainda é um assunto pouco debatido, tendo-se encontrado apenas dois julgados que abordaram especificamente este tema.

Assim, após a análise dos dois julgados encontrados, concluiu-se que ainda não há um consenso entre os Tribunais de Justiça da Região Sul sobre a aplicação do dano moral nesses casos, visto que o julgado do TJRS julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, não reconhecendo sua ocorrência no caso concreto, enquanto que o julgado do TJSC julgou pela procedência do pedido, reconhecendo expressamente a configuração do dano moral.

Dessa forma, verificou-se que no julgado do TJRS os interesses dos adotantes sobressaíram aos direitos e interesses do adotando, indo em sentido contrário ao que dispõe a lei e a doutrina. Já no julgado do TJSC, o relator reconheceu a configuração do dano moral à criança e fundamentou sua decisão nas cláusulas gerais da responsabilidade civil e no respeito a condição peculiar de desenvolvimento do adotando. Logo, o Tribunal catarinense demonstrou melhor apropriação do Direito da Criança e do adolescente, constituindo-se em exemplo que, quiçá, possa ser seguido por outros tribunais.

Ao concluir este estudo, ressalta-se que o sistema jurídico de reparabilidade do dano moral nos casos que envolvem a desistência do processo de adoção e a devolução das crianças ao acolhimento deve ser mais debatido e aperfeiçoado, cabendo aos juízes e desembargadores, já adeptos a concessão do dano moral, adotarem uma postura ainda mais contundente na defesa dos direitos das crianças, a fim de que se alcance a efetiva proteção dos interesses e da dignidade do adotando, e assim, propagar esse entendimento, influenciando na decisão de outros magistrados.

Por fim, os objetivos propostos por este trabalho foram plenamente satisfeitos, pois além de demonstrar que do ponto de vista legal e doutrinário não há óbice para a concessão do dano moral às crianças nos casos de desistência do processo de adoção, este estudo apontou uma nova perspectiva do Direito da Criança e do Adolescente, com a consequente reparação por parte de quem

gera uma legítima expectativa nos adotandos, não as cumprindo posteriormente.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Cartilha da Adoção de Crianças e Adolescentes do Brasil: passo a passo**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/amb/cartilha_passo_a_passo_2008.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 maio 2018.

_____. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 370, de 06 de outubro de 2016**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127083>>. Acesso em: 24 jun 2018.

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adoacao-cna>>. Acesso em: 30 abril 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2018.

LEVY, Lidia; PINHO, Patrícia G. R.; FARIA, Márcia M. de. **Família é muito sofrimento: um estudo de casos de “devolução” de crianças**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/3730/4142>>. Acesso em: 22 out. 2017.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70070484878**. V.B.Z., D.Z. e Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. 31 de ago. de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=processo+de+ado%3%A7%3%A3o+desistencia+do+pedido+dano+moral+%3%Ao+crian%3%A7a&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 20 maio 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZINI, Irene (coord.). **Acolhendo Crianças e Adolescentes**: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0900039-43.2014.8.24.0064**. S. A. M. C., T. V. C e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Jairo Fernandes Gonçalves. 21 de mar de 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 20 maio 2018.

SCHETTINI, Suzana S. M.; AMAZONAS, Maria Cristina L.; DIAS, Cristina Maria de S. B. **Famílias adotivas**: identidade e diferença. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n2/v11n2a06.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

VERONESE, Josiane R. Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WEBER, Lidia Natalia D. Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil. **Conjuntura Social**, Rio de Janeiro, no 4, p. 30 - 36. Julho, 2000.

A inclusão escolar e social de crianças com deficiência física

Carlos Alberto Crispim¹
Josiane Rose Petry Veronese²

Simplesmente criança

*Posso até ter dificuldade de falar,
andar,
ver,
ouvir.*

*Posso ser desengonçado,
posso ter uma fala estranha,
um olhar perdido.*

*Posso até não querer que me toquem...
mas não neguem,
não violem,
não desrespeitem
o meu direito de ser.*

*Ser o que sou simplesmente,
Uma criança.
Não sei se poderei*

¹Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pesquisador do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. Especialista em Dogmática Jurídica pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade CESUSC e também pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho -SC. Integrante do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC. Membro da Academia de Letras de Imbituba e da ALB/SC, Seccional de Imbituba. CV: <http://lattes.cnpq.br/1667716739246799>.

²Professora Titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente, da Universidade Federal de Santa Catarina, na graduação e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutorado na Faculdade de Serviço Social da PUC/RS. Coordenadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. Acadêmica da cadeira n. 1 da Academia de Letras de Biguaçu. CV: <http://lattes.cnpq.br/3761718736777602>. E-mail:

*Brincar, jogar,
Estudar, rir, pular.
Mas rogo a ti, adulto,
Não negues que eu existo.
Deixa-me ser simplesmente criança.*
(Josiane Rose Petry Veronese, **Partitura em Poemas**, 2018, p. 104)

1 Introdução

A Doutrina da Proteção Integral introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 e regulamentada com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), trouxe uma nova distinção aos direitos das crianças e dos adolescentes, reconhecendo-lhes expressamente a condição de sujeitos com proteção em todos os sentidos e primazia absoluta na defesa e preservação de seus direitos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança traz em sua conjuntura um rol de direitos por ela reconhecidos que, apesar de não descrever expressamente que as crianças detêm “proteção integral”, leva ao entendimento de que essa proteção especial já vinha sendo debatida no âmbito internacional, no intuito de garantir aos seus destinatários os direitos necessários ao pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

Essa mesma Convenção elenca entre seus princípios o direito a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, bem como o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência, reconhecendo o direito destas à educação, assegurando que não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência.

Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelece que a educação é um direito da pessoa com deficiência, sendo-lhes assegurados um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado no decorrer da vida.

Reconhecendo-se que as crianças com deficiência devem ter asseguradas, em igualdade de oportunidade com as demais

crianças, o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, é que a Doutrina da Proteção Integral representa um instrumento jurídico de inclusão social e escolar das crianças com deficiência física, auditiva e visual.

O próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência assegurou ser dever do Estado, da sociedade e da família a promoção, proteção e garantia, com prioridade, da efetivação de seus direitos fundamentais, além de outros insertos na Constituição Federal, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e em outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico, observando-se que nas ações que envolvem crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial. Nesse sentido, a inclusão de crianças com deficiência deve ter prioridade absoluta, uma vez que esse é um dos nortes essenciais trazidos pela Doutrina da Proteção Integral.

Contudo, apesar de existirem várias legislações que tratam do assunto relativo à acessibilidade e à inclusão, pode-se observar que, na prática, há um abismo entre o ordenamento jurídico e a realidade, ocasionando sérios transtornos de ordem física e psicológica às crianças com deficiência física e sensorial, prejudicando sua inclusão social e educacional.

A observância da Doutrina da Proteção Integral, neste caso, possibilitará um novo paradigma de inclusão social e um olhar diferenciado no sentido de se proporcionar às crianças com deficiência física e auditiva e visual, igualdade de oportunidades e tratamento com as demais crianças, refletindo positivamente na inclusão social e escolar daquelas, com transformações estruturais e organizacionais nas escolas e na sociedade que possibilitem referida inclusão de forma integral.

2 A Doutrina da Proteção Integral como instrumento de garantia da inclusão social e escolar

O contexto histórico das crianças, especialmente das crianças com deficiência é caracterizado por um árduo trajeto até a garantia de seus direitos fundamentais, sendo representado por episódios de crueldade, segregação, estigmas e paradigmas equivocados que levam ao preconceito e servem para propagar a discriminação.

A Doutrina da Proteção Integral representa uma diretriz principiológica com reflexos jurídicos e sociais e se destaca por ser uma importante normativa de garantia de inclusão social e escolar, estando prevista em diversos normativos nacionais e internacionais que trazem em seu conteúdo a prioridade absoluta no atendimento e atenção.

A prioridade pode ser gramaticalmente definida como sendo a “preferência dada a alguém relativamente ao tempo da realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia” (FERREIRA, 2009). Por absoluto, segundo o nosso vocabulário, entende-se por aquilo que “não tem limites, sem restrições, irrestrito, incondicional, pleno. Limite que satisfaz a tendência totalizante e unificante do pensamento” (FERREIRA, 2009).

Portanto, é no sentido de algo pleno, incondicional, irrestrito, que se observa a prioridade absoluta externada no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil e que se seguiu em outros ordenamentos infraconstitucionais brasileiro, alcançando as crianças com deficiência e a necessidade de lhes garantir o direito à educação inclusiva.

Antes de adentrar sobre o tema da proteção da pessoa com deficiência na legislação nacional, importante se destacar que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência representou um marco na questão relativa à proteção e garantia de direitos de abrangência mundial.

Ao reconhecer em seu preâmbulo a diversidade das pessoas com deficiência e a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio, ela possibilita maior amplitude ao exercício da cidadania.

Destaca-se ainda que, segundo a Convenção, a deficiência é um conceito em evolução, resultante da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ou seja, são os obstáculos existentes que determinam a deficiência. Com essa evolução conceitual, a nova definição está atrelada a um conceito social, onde as limitações “passam a ser consideradas atributos das pessoas, atributos esses que podem ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais ou culturais que se imponham aos cidadãos com tais limitações” (FONSECA, 2008).

Com relação às crianças com deficiência, a Convenção traz ainda em seu artigo 7, as seguintes disposições:

1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

[...]

3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito (ONU, 2006)

Ainda reconhece, em seu artigo 24, o direito das pessoas com deficiência à educação, dispondo que os Estados-Partes devem assegurar que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência.

Outro importante instrumento internacional e que representou um marco à implementação da inclusão escolar foi a

Declaração de Salamanca, onde os delegados da Conferência Mundial de Educação Especial, representando 88 governos e 25 organizações internacionais se reuniram na cidade de Salamanca, Espanha, entre os 7 e 10 de junho de 1994, e reafirmaram o compromisso para com a educação para todos, reconhecendo a necessidade e urgência de se providenciar educação para as crianças, jovens e adultos com deficiência dentro do sistema regular de ensino.

Segundo esse importante documento, “o princípio fundamental da escola inclusiva é o de que todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter” (ONU, 2006, artigo 7).

As legislações nacionais relacionadas às pessoas com deficiência após a promulgação da Constituição Federal, trazem em seu contexto dispositivos que as remetem a observância da prioridade absoluta. A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social, aponta em seu artigo 2º:

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, 1989).

A Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dispõe sobre o atendimento prioritário às pessoas com deficiência, aos idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, às gestantes, às lactantes, às pessoas com crianças de colo e aos obesos, reforça em seu artigo 2º o atendimento prioritário que deve ser dispensado a esse grupo de vulneráveis.

As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por

meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º (BRASIL, 2000).

Seguindo a orientação de prioridade inculpada em nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu artigo 8º, ressalta a responsabilidade solidária do Estado, família e sociedade em assegurar a efetivação de direitos às pessoas com deficiências, assim estabelecendo:

É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, 2015).

A prioridade no atendimento também vem novamente destacada no artigo 9º do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de:

- I - proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- II - atendimento em todas as instituições e serviços de atendimento ao público;
- III - disponibilização de recursos, tanto humanos quanto tecnológicos, que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas;
- IV - disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque;

V - acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis;

VI - recebimento de restituição de imposto de renda;

VII - tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências.

§ 1º Os direitos previstos neste artigo são extensivos ao acompanhante da pessoa com deficiência ou ao seu atendente pessoal, exceto quanto ao disposto nos incisos VI e VII deste artigo.

§ 2º Nos serviços de emergência públicos e privados, a prioridade conferida por esta Lei é condicionada aos protocolos de atendimento médico (BRASIL, 2015).

A prioridade absoluta destacada no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente constituem normas cogentes, as quais devem ser seguidas pelas legislações ora apresentadas relativas às pessoas com deficiência, principalmente nos temas que dizem respeito à infância e adolescência e, conseqüentemente, à inclusão.

Para evitar que os interesses de crianças e adolescentes, inclusive os com deficiência, sejam tratados da mesma maneira que os das demais pessoas é que a Doutrina da Proteção Integral impõe que todos os serviços públicos e de relevância pública devam estar preparados para executar atendimento especial e preferencial, com ordem de prioridade absoluta, devendo a criança e o adolescente com deficiência serem atendidos, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais de saúde e específicas de habilitação e reabilitação, conforme artigo 11, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016.

A primazia absoluta garantida pela Doutrina da Proteção Integral também se estende nos casos de adoção, sendo que, a partir de 2014, com a sanção da Lei nº 12.955³, foi incluído o § 9º ao artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para constar

³A Lei nº 12.955, de 5 de fevereiro de 2014, estabelece prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

que “terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica” (BRASIL, 2014).

Esse Direito da Criança e do Adolescente no Brasil apresentado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe consigo princípios e normas garantidores do melhor interesse de todas as crianças e adolescentes, a regras de atinentes à prioridade absoluta foram se irradiando às legislações infraconstitucionais, assumindo a Doutrina da Proteção Integral, segundo descrevem Veronese e Sanches, “a relevante função de instrumentalizar a sua aplicação, explicitando os direitos, estabelecendo as responsabilidades e procedimentos, visando a realização de suas prescrições e à concretização dos direitos atribuídos aos seus destinatários” (2017, p. 137).

Com isso, verifica-se que a Doutrina da Proteção Integral representa importante papel na inclusão social e escolar das crianças com deficiência, desvelando a todos que deve ser assegurado atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, ou seja, é vedada a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência.

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prescreve que a educação é uma obrigação da família e do Estado, com o objetivo de proporcionar o pleno desenvolvimento do educando, devendo ser inspirada princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, demonstra sua preocupação inclusive com a inclusão social, já que visa a qualificação de todos, se exceção, para o trabalho, refletindo o preâmbulo da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência que reconhece a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.

A inclusão social das pessoas com deficiência deve ocorrer desde o momento em que ela veio a se somar a outras crianças na

tarefa de iluminar o mundo, ou seja, desde o seu nascimento, porém, caso essa inclusão ainda não tenha sido efetivada na comunidade em que a criança está inserida, esse ensino inclusivo acaba propiciando também essa inclusão social a partir do início da vida escolar, onde todas as crianças, com suas diferenças e especificidades acabam aprendendo umas com as outras, já que esse convívio pode vir a tornar realidade a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com respeito à dignidade e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme objetivo fundamental prevista constitucionalmente para o nosso país.

Faz imperioso que cada indivíduo, membro de uma coletividade, desenvolva a sua capacidade de interação com o outro, neste outro que é diferente de si próprio, de sua cultura, de sua realidade socio econômica.

[...]

Enfim, a valorização, o respeito, o resgate e a inclusão dos diferentes situa-se como importantíssimo na luta contra todo tipo de desigualdade e discriminação. Somos diferentes uns dos outros, no entanto, temos em comum a necessidade de pertencimento. Pertencemos e nos constituímos no grande mosaico da família humana, de uma humanidade fraterna (MENDES; VERONESE, 2017, p. 168)

A Doutrina da Proteção Integral e sua determinação de prioridade absoluta para a infantoadolescência atua também como norma constitucional garantidora da inclusão social e escolar, possibilitando o cumprimento dos preceitos estabelecidos no artigo 3º, I e IV da Constituição Federal de 1988, já que o convívio com a diferença e a valorização destas favorece que a diversidade seja reconhecida como característica inerente de todas as pessoas o que torna a deficiência, neste caso, um detalhe na humanidade. Essa constante construção de uma sociedade inclusiva em todos os seus aspectos, visa a tornar a deficiência um detalhe, já que todas as pessoas, indistintamente, são diferentes umas das outras, porém

cada uma tem um dom, uma capacidade a compartilhar com o outro e torná-lo diferente em sua maneira de agir, de pensar e de construir uma sociedade melhor.

A Constituição Federal de 1988 desvelou um Direito da Criança e do Adolescente que traz consigo princípios e normas garantidoras do melhor interesse de todas as crianças e adolescentes, sem distinção, o que importa dizer que o atendimento prioritário previsto no artigo 9º do Estatuto da pessoa com deficiência deve observar a primazia absoluta quando o destinatário deste atendimento for uma criança com deficiência, uma vez que o paradigma inserido na Doutrina da Proteção Integral, segundo asseveram Veronese e Sanches,

[...] assume a relevante função de instrumentalizar a sua aplicação, explicitando os direitos, estabelecendo as responsabilidades e procedimentos, visando a realização de suas prescrições e à concretização dos direitos atribuídos aos seus destinatários (2017, p. 137).

Conforme visto anteriormente, o artigo 7º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, em seu item 2, reitera o paradigma da proteção integral, estabelecendo que “em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial” (ONU, 2006). Ela veio a reforçar para as crianças com deficiência o disposto na Doutrina da Proteção Integral prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde a infância deve ter primazia absoluta e imediata, sendo dirigida a ela uma consideração especial que coloca a criança num patamar de garantia integral, na qual as políticas e diretrizes de cada país devem priorizar os seus interesses, numa perspectiva de reconhecimento como sujeito de direitos, em um envolvimento integrado entre o Estado, a sociedade e a família, nos termos do artigo 8º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Já a Convenção sobre os Direitos das Crianças acentua que, em razão de sua situação de vulnerabilidade, as crianças e adolescentes necessitam de cuidados e proteção especiais; enfatiza a importância da família, para que a criança desenvolva sua personalidade num ambiente de felicidade, amor e compreensão. Diante de toda essa proteção, Veronese e Falcão concluem que:

Em que pese a Convenção não ter mencionado de modo explícito a categoria 'proteção integral', este novo modelo fica explícito frente ao enorme rol de direitos por ela reconhecidos, que em seu conjunto, suscita um sistema segundo o qual não se poderia falar em proteção sem que se garanta, não um direito específico, isolado, mas todos os direitos necessários ao pleno desenvolvimento da criança” (2017, p. 35).

Para as doutrinadoras Sanches e Veronese, a Convenção sobre os Direitos das Crianças representou “[...] uma ruptura com o que se constituiu historicamente a essência da relação entre adultos e crianças, transformando as suas necessidades ou interesses em direitos humanos internacionalmente reconhecidos e protegidos” (2016, p. 101), elencando quatro princípios básicos: o superior interesse da criança; a não-discriminação; a vida e seu desenvolvimento; direito de voz e participação; e reafirma o princípio do interesse superior da criança conjugando este com a nova posição da criança como protagonista de seus direitos. Essa Proteção integral exige conceder a máxima prioridade às crianças, ou seja, pode haver algo urgente, mas não tão importante quanto à prioridade à vida e ao desenvolvimento da infância.

Acerca da primeira premissa, o interesse superior da criança é concebido como princípio reitor da CDC, uma vez que põe as necessidades reais e as singularidades das crianças como norte para os Estados enquanto legislador, juiz e administrador, isto é, nas atividades de proposição de normas, na hermenêutica e aplicação destas e, na implementação e execução de políticas públicas (VERONESE; FALCÃO, 2017, p. 23) .

Assim, diante do que propõe a Doutrina da Proteção Integral é que se busca na inclusão a igualdade de condições em educação, a fim de que a criança com deficiência possa alcançar o seu melhor desenvolvimento.

Quando a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 227, as bases constitucionais para a Doutrina da Proteção Integral, estabeleceu que era necessário um trabalho em rede entre os diversos integrantes da família, dos variados segmentos da sociedade e suas entidades representativas, bem como dos órgãos e agentes públicos corresponsáveis, no intuito de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, seus direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa responsabilidade compartilhada forma um sistema de rede de Proteção Integral, onde cada membro: família, sociedade e Estado, possui o compromisso com o objetivo da Proteção Integral, porém todas essas responsabilidades estão associadas entre si e, essa mutualidade de comprometimento é imprescindível à eficácia do sistema de garantias de Direitos da Criança e do Adolescente,

O sistema de Garantia de Direitos e a rede de Proteção Integral da criança e do adolescente permitem enfrentar as dificuldades da realidade brasileira profundamente marcada pela exclusão e desigualdade social e pela perversidade no que concerne à distribuição de serviços aqui gerados, dando-lhes condição de participar não apenas dos direitos já existentes, mas de tornarem-se sujeitos-cidadãos, porque capazes de afirmar e de fazer reconhecer seus direitos” (VIEIRA; VERONESE, 2017, p. 140).

A família, a sociedade e o Estado são elementos fundamentais de articulação desse processo de formação da identidade, de proteção e de socialização da criança e do adolescente com deficiência, onde todos, apesar de possuírem atribuições específicas a desempenhar, têm responsabilidade mútua na solução dos problemas existentes relativamente a esse público, formando uma rede de apoio social e

afetiva com “diálogo e transparência nas ações dos atores envolvidos na resolução de um problema comum, ou que estejam trabalhando em conjunto de forma coordenada, organizada e horizontal” (LIMA; VERONESE, 2017, p. 570).

3 A política de atendimento: a imprescindibilidade da inclusão

Essa ação coordenada em rede dá movimento ao sistema de garantia de direitos, no qual estão envolvidos, de forma intersetorial ou interinstitucional, sendo que Lima e Veronese destacam que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, “criados nos três níveis de governo, pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Segurança Pública, pelos órgãos de Assistência Social, pelo Conselho Tutelar e por demais órgãos e instituições” (2017, p, 569) estão aptos a agirem de forma direta ou indireta na prestação de cuidados com as crianças e adolescentes.

É fundamental que os diversos integrantes do Sistema de Garantias, independentemente do órgão que representam, tenham a qualificação profissional adequada e estejam imbuídos de um verdadeiro “espírito de equipe”, tendo compromisso com a proteção integral das crianças e adolescentes atendidos, bem como a consciência de que, agindo de forma isolada, por mais que se esforcem não terão condições de suprir o papel reservado aos demais, não podendo assim prescindir da atuação destes DIGIÁCOMO, 2013).

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no título relativo à política de atendimento, estabelece que ela será realizada “através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” e, em seguida, em seu artigo 87, destaca que são linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (BRASIL, 1990)

A gestão compartilhada entre atores de uma rede traz como consequência positiva resultados coletivos que visam beneficiar uma determinada categoria de pessoas. Essa interação permite a troca de experiências e sugestões e, tendo em vista que, nas palavras de Lima e Veronese “a gerência não ocupa um lugar central, pois tal função é desempenhada, em geral, por um coletivo, um colegiado, cujos representantes são legitimados por uma coletividade mais ampla” (2017, p. 569) e, conforme destaca Sanicola, inegável que essas relações “são permeadas por conflitos, alianças, polarizações e tensões” (2008, p. 13).

A representação gráfica abaixo traz uma demonstração do funcionamento do Sistema de Garantias, onde os diversos órgãos que o compõem estão representados por engrenagens do mesmo tamanho para demonstrar que os órgãos possuem a mesma importância e que devem funcionar de forma articulada, conforme previsto no artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com ações conjuntas e integradas de todos que compõem o Sistema de

Garantias, no sentido de alcançar o objetivo maior, ou o produto final da máquina (representada pela torneira desenhada na parte inferior direita), que é a proteção integral da criança e do adolescente prevista no artigo 1º da Lei nº 8.069/1990.

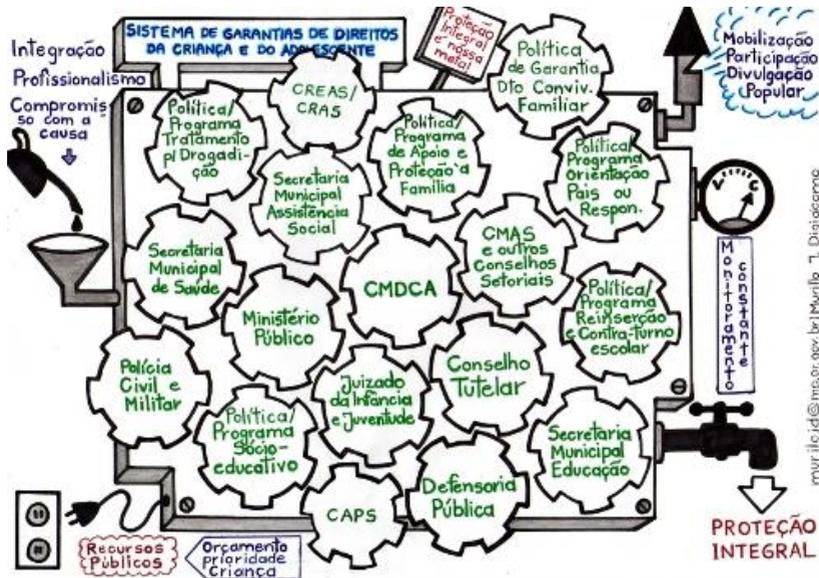


Figura 14.

A colocação das engrenagens de forma aleatória demonstra que todos os órgãos são importantes para o Sistema de Garantias, não havendo hierarquia entre eles, sendo a própria relação de órgãos, entidades, programas e serviços meramente exemplificativa, na medida em que outros podem (e devem) se integrar ao referido Sistema, por este motivo uma das engrenagens está representada por um “etc”.

Verifica-se que o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA, foi propositalmente colocado no "centro" da "máquina", dada sua função elementar de deliberar sobre a política de atendimento à criança e ao adolescente no

⁴Representação gráfica do Sistema de Garantias extraída da *home page*do Ministério Público do Paraná.

município e de promover a articulação de todos os demais órgãos e entidades que integram o "Sistema de Garantias".

O Manômetro colocado na máquina serve para lembrar da necessidade de monitoramento constante sobre o adequado funcionamento do Sistema de Garantias, no sentido de garantir o alcance satisfatório dos objetivos delineados nos programas e serviços existentes, de modo que estes estejam disponíveis para o atendimento do público alvo a que foram criados, independentemente de sua idade ou do problema que apresentam.

O alarme possui a finalidade de alertar quando determinado órgão, entidade ou programa não está funcionando de forma adequada, ou quando é necessário criar determinada estrutura ainda inexistente no município, a partir de uma análise crítica das demandas e dos programas e serviços existentes.

Finalmente, a representação por uma máquina do Sistema de Garantias também permite atentar-se ao fato de que para seu funcionamento é necessária uma fonte de energia (figura esquerda inferior), a qual deve ser proveniente do orçamento dos diversos órgãos públicos encarregados da execução das políticas públicas, cujas ações, programas e serviços destinados à criança e ao adolescente, em razão da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, deve possuir prioridade absoluta, com precedência de atendimento nos serviços públicos e de relevância pública, na referência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude, conforme preceituam os artigos 227 da Constituição Federal de 1998 e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na parte superior esquerda da figura aparece o desenho de um funil de lubrificação para demonstrar que a integração, profissionalismo, empenho e compromisso em defender e proteger os direitos relativos à população infanto-adolescente é que permite o correto funcionamento do Sistema de Garantias, proporcionando às crianças e adolescentes a “proteção integral”.

As diferentes medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente restam consolidadas por meio do Sistema de Garantia de Direitos, delineando as linhas de ação e as diretrizes políticas de atendimento visando a Proteção Integral na perspectiva da prioridade absoluta.

O sistema educacional inclusivo e de qualidade é um direito assegurado pelo artigo 27 e parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que deve ser solidariamente de responsabilidade do Estado, família, comunidade escolar e sociedade que, por força do disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, deve ser tratado com prioridade absoluta.

No Brasil, proteger integralmente a criança e o adolescente significa, assim, conferir-lhes uma posição jurídica de titulares de direitos subjetivos aptos a exigir determinada atuação do Estado, ou seja, obrigações positivas, no intuito de melhorar sua condição de vida, garantindo-lhes os pressupostos materiais necessários para o exercício de sua liberdade (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 120).

Neste campo de prioridade absoluta, é importante para a inclusão escolar e social que a aplicação dos direitos fundamentais seja uma realidade necessária, já que a Constituição Federal estabelece ser também um dever da sociedade e do Poder Público a efetivação de tais direitos. Esse entendimento é o que se extrai dos fundamentos do processo de AG. REG. No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.008.625 – São Paulo, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política

vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas (STF, 2017).

No mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja parte da ementa transcreve-se a seguir:

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (STF, 2005)

A essa aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas conceitua-se como teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação de forma mais intensa também deve ser observada por particulares, principalmente “quanto maior for a situação de desigualdade entre o indivíduo que tem seu direito fundamental violado e o ente privado agente desta violação” (ALVES, 2012, p. 1).

Tal entendimento tem como premissa a ampla eficácia dos direitos fundamentais que, em razão disso, podem ser suscitados diretamente pelos particulares, independentemente de qualquer mediação legislativa, “como forma de se atribuir ampla proteção a esses direitos” (KLOSTER, 2010, p. 14).

Dessa forma, importante que a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes com deficiência na busca pela inclusão social e escolar trazida à lume pela Doutrina da Proteção Integral e também por outros documentos internacionais em se tratando de pessoas com deficiência, de igual modo, seja observada por particulares, principalmente por haver uma intensa situação de desigualdade entre estes sujeitos quando na violação de seu direito fundamental e o ente privado agente desta violação.

Seguindo tal preceito, o STF, assim se pronunciou na Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, em face do § 1º do artigo 28 e artigo 30, caput, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas”.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta [...] (STF, 2016).

Extrai-se da referida decisão que a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) veio para atender, no âmbito nacional, ao compromisso constitucional e internacional de

proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência, não trazendo qualquer impedimento para que os estabelecimentos privados também prestem o serviço público educacional. Nessa gestão democrática educacional adotada pela Constituição Federal, o direito fundamental à educação traz como pressuposto que escolas públicas e particulares assumam o compromisso ético de acolhimento e pluralidade para cumprimento da ordem constitucional de uma sociedade que deve promover o bem-estar sem preconceitos.

Ao Estado cabe, portanto, não só respeitar, mas, ainda, assegurar a observância da Doutrina da Proteção Integral “por todos aqueles potencialmente capazes de violar tais direitos, uma vez que, nos dias atuais, não só o Estado, mas também entidades podem igualmente, como detentores do poder social, violar a esfera de liberdade dos indivíduos” (ALVES, 2012, p. 2).

Por constituir um sistema onde as crianças e adolescentes são titulares de direitos a serem observados e garantidos pela família, sociedade e Estado é que a Doutrina da Proteção Integral representa um importante fator nesse sistema interligado de interesses constitucionalmente assegurados como fundamentais ao desenvolvimento sadio de todas as crianças, tanto no campo social, como no cognitivo, psicológico, educacional e afetivo.

Reconhecer à criança e ao adolescente com deficiência a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento importa em acreditar que as particularidades presentes na inclusão escolar são necessárias à edificação da sua condição de cidadão, não havendo espaço para preconceito e discriminação, já que todos juntos, com suas especificidades e diferenças é que propiciam uma sociedade rica em humanidade e fraternidade, além de um ensino de qualidade que prepara para o exercício da cidadania, já que o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento propicia a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária nos termos do artigo 3º, I, do Constituição Federal.

Considerações finais

A Doutrina da Proteção Integral representa um paradigma regente, onde as ações direcionadas às crianças e realizadas pelo Estado, família e sociedade devem observar os fundamentos e concepções desta Doutrina Jurídica, que traz em sua estrutura conceitual o princípio do superior interesse da criança (melhor interesse) que, como sujeito de direitos, possui prioridade absoluta nas demandas necessárias ao seu desenvolvimento, sejam elas de caráter legislativo ou de cunho social, neste âmbito, incluindo o educacional, por estarem estreitamente associados.

Não estar-se-á falando de uma mera “doutrina” relacionada para explicar um conceito, mas sim de um fundamento mandamental, constituída por princípios fundamentais que conjugam para a observância impositiva da priorização máxima dos interesses de crianças e adolescentes.

Neste sentido a Doutrina da Proteção Integral se apresenta como instrumento jurídico garantidor da inclusão social e escolar de crianças com deficiência física, auditiva ou visual, uma vez que o melhor interesse, neste caso, também deve receber consideração primordial, em razão de que a condição de vulnerabilidade destas requer atenção especial. Ao se reconhecer que as ações relativas às crianças com deficiência devem receber condição primordial, reitera-se a essas crianças a aplicação da Doutrina da Proteção Integral, colocando-a também num patamar de garantia total.

Reforça-se assim, que a proteção integral não se destina apenas as crianças que se encontram em situações degradantes ou de risco, mas a todas as realidades em que a infância e adolescência se apresentam, vindicando do Estado, família e sociedade respeito aos direitos sociais fundamentais gerais, afora os específicos relativos a sua condição de criança e de criança com deficiência.

Ao se estabelecer no mundo jurídico como uma nova ordem normativa que representa a essência do direito da criança e do

adolescente, a Doutrina da Proteção Integral não permite discricionariedade aos governantes, apesar de que dificuldades econômicas ou outras preferências e necessidades se constituem em motivos para que o Estado justifique a não aplicação da ordem absoluta na prioridade de atendimento, razão pela qual, ainda presenciamos a repetição de cenas como falta de creches, de atendimento médico, de escolas acessíveis, de falta de professores e de Segundo Professor de Turma, de material pedagógico necessário, resultando muitas vezes, na necessidade de se recorrer ao judiciário para que a primazia do atendimento seja observada.

Pelo entendimento cristalino que se colhe do artigo 227 da Constituição Federal e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente a prioridade absoluta e o superior interesse da criança possuem eficácia plena e devem ser observados sem distinção a todas as crianças, inclusive aos nascituros, já que se reconhece pela norma estatutária e pelo contexto legal a proteção da vida desde sua concepção.

Destaca-se que para as crianças os direitos sociais se fundem com fundamentais, posto que essenciais para seu desenvolvimento e para crianças com deficiência os direitos fundamentais vão além destes, sendo incluídos também os que estão relacionados com o exercício pleno de seus direitos, em condições de igualdade com as demais crianças, no sentido de assegurar a elas uma vida digna e um desenvolvimento salutar, já que são considerados especialmente vulneráveis.

Nessa seara, o direito à saúde e a promoção da acessibilidade se constituem em relevantes componentes para garantia da proteção integral de crianças com deficiência. O primeiro por possibilitar que seu desenvolvimento como pessoa transcorra de forma a lhe proporcionar uma vivência digna, com a fruição dos bens e serviços colocados à sua disposição. O segundo, porque permite além de desfrutar de tais bens e serviços ir mais além, ou seja, propicia sua liberdade de escolha, uma vez que lhe concede a oportunidade de ser independente e livre em suas preferências.

Esse reconhecimento do direito à inclusão perpassa as normas legais e alcança a conduta das pessoas que, ao longo da história realizaram atos repulsivos e chocantes nos quais os comportamentos se refletem nos dias atuais em práticas preconceituosas e discriminatórias que ainda impedem que a inclusão seja efetivada integralmente, obstando-lhes a participação na sociedade e na escola de maneira eficaz e efetiva, já que não há o reconhecimento ou o entendimento de que todos somos diferentes em nossas especificidades, ficando a própria sociedade afastada da oportunidade de crescer em humanidade, já que cria regras, estabelece padrões e comportamentos que impedem a autonomia e a independência da pessoa com deficiência, não reconhecendo-a, portanto, como um sujeito de iguais direitos.

Referências

ALVES, *Cristiane Paglione*. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 Out. 2018.

_____. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 fev 2018.

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 nov. 2018.

- _____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 nov. 2018.
- _____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 nov. 2018.
- _____. **A Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 nov. 2018.
- _____. **Lei nº 12.955, de 5 de fevereiro de 2014:** estabelece prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 nov. 2018.
- _____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 nov. 2018.
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI nº 5357 MC-Ref/ DF - Distrito Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 08-06-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. **Acesso em 10 mar. 2018.**
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.008.625 SÃO PAULO. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado em 19-04-2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311624868&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018
- _____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio de Janeiro. Julgado em 11-10-2005. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em 3 mar. 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José. O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e o desafio do trabalho em rede. Curitiba: agosto/2013.

Revista Criança e Adolescente do Ministério Público do Paraná.

Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br>. Acesso em 25 fev. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4ª ed., 2009. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/aurelio/home.asp>. Acesso em 03 fev. 2018.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Idosos e das Pessoas com Deficiência – AMPID. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php. Acesso em 4 fev. 2018.

KLOSTER, Ângelo Marcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Revista Virtual da AGU, N.98, 2010. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em 20 mar. 2018.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Política pública para a criança e o adolescente no Brasil: uma trajetória de avanços e desafios. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente: novo curso, novos temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Rita Verônica; VERONESE, Josiane Rose Petry. A inclusão escolar da criança e do adolescente frente ao estatuto da pessoa com deficiência e a fraternidade. *In*: OLIVEIRA, Francisco Cardoso; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi de Aguiar (Orgs.). **Direitos da criança e do adolescente e direitos juventude: o olhar da fraternidade**. Curitiba: Prismas, 2017.

ONU. **Convenção sobre as Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1> . Acesso em 10 Out. 2018.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente: da vara de menores à vara da infância e juventude**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

SANICOLA, Lia. **As dinâmicas da rede e o trabalho social**. Tradução Durval Cordas. São Paulo: Veras, 2008.

UNESCO. **Declaração de Salamanca e enquadramento da acção na área das necessidades educativas especiais.** Conferência Mundial sobre necessidades Educativas Especiais: acesso e qualidade. Salamanca, Espanha, 7-10 de Junho de 1994. Disponível em: <http://redeinclusao.pt>. Acesso em 4 fev. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Muniz. A criança e o adolescente no marco internacional. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry (autora/org.). **Direito da criança e do adolescente**: novo curso, novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystine Corrêa. A Proteção Integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry (Autora e org.). **Direito da criança e do adolescente**: novo curso, novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas**: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

O caso do adolescente tatuado na testa: insuficiências da proteção integral em face aos discursos de ódio publicados no Facebook

*Bianca Parnov Machado*¹

*Rosane Leal da Silva*²

Introdução

É inegável que o advento das novas tecnologias, principalmente a *internet*, trouxe grandes benefícios à população mundial, bem como facilitou o acesso a informações e propiciou maior comunicação em âmbito global. Contudo, esses avanços tecnológicos também propiciaram a disseminação mais rápida e incontrolável de mensagens que configuram discurso de ódio, visto que são crescentes os comentários discriminatórios e preconceituosos nesse meio devido ao exercício irrestrito do direito à liberdade de expressão, o que culmina na violação de demais direitos e em claro ataque à dignidade humana.

Cabe salientar que o discurso de ódio é toda discriminação e desrespeito contra raça, cor, etnia, religião, opção sexual, gênero,

¹ Bacharel em Direito, graduada pelo Curso de Direito na Universidade Franciscana (UFN). E-mail para contato: biancaparnov@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Associada do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e da Universidade Franciscana, ambos em Santa Maria (RS). Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional (UFSC) e do Núcleo de Proteção da Criança e do Adolescente Internauta (UFN). Integra, na condição de pesquisadora, o Núcleo de Estudos Sociais e Jurídicos da Criança e do Adolescente (NEJUSCA), na UFSC. E-mail para contato: rolealdasilva@gmail.com

distinção social e econômica, bem como, incentivos à violência. Além disso, mesmo que um comentário tenha como objetivo uma pessoa específica, ele possui tamanha força que atinge os demais componentes de um mesmo grupo social, como ocorrido contra o adolescente tatuado na testa, cuja imagem exposta foi alvo de inúmeros comentários odiosos proferidos na publicação do Jornal Folha de São Paulo, hospedado no *Facebook*.

Nesse contexto discute-se a abordagem normativa conferida aos diferentes tipos de discurso de ódio, especialmente em razão de a vítima encontrar-se em especial estágio de desenvolvimento, o que a torna merecedora da proteção integral. Tal trabalho é guiado pelo intuito de responder ao seguinte problema da pesquisa: é possível afirmar que o Brasil possui mecanismos jurídicos para prevenir e coibir o discurso de ódio em razão da condição socioeconômica, reforçando as medidas de proteção integral já previstas para a tutela de crianças e adolescentes?

Para responder a este questionamento, empregou-se como método de abordagem indutivo, pois a pesquisa partiu da exemplificação de um fato real a fim de observar o discurso de ódio produzido a partir dele, discutindo suas implicações jurídicas. Quanto ao procedimento foi empregado o método monográfico, desenvolvido por meio da observação dos comentários proferidos na publicação da página do Jornal Folha de São Paulo, hospedada no Facebook.

1 O caso do adolescente tatuado na testa: liberdade de expressão ou discurso de ódio expresso nos comentários dos internautas?

Cada vez mais as pessoas buscam informações sobre os mais variados assuntos, bem como expressam suas opiniões, ampliando de maneira significativa os espaços para o exercício da liberdade de expressão. Com os avanços tecnológicos, em especial a *internet*, que para Castells (2003, p. 8) é “um meio de comunicação que

permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”, os diálogos e o acesso a informações ganharam ainda mais destaque.

Nesse sentido, sistemas de informações, como jornais, migraram para as plataformas digitais, o que permitiu ao seu público expor opinião sobre determinados conteúdos e também facilitou a interação entre os leitores, o que usualmente ocorre de forma imediata após a visualização da reportagem. Ainda que tais manifestações possam ser consideradas positivas, pois amplificados os canais de participação social, às vezes são observados comentários ofensivos, violentos e discriminatórios postados nos sites que hospedam os veículos de comunicação.

O crescente uso de novas tecnologias têm ampliado o alcance das divulgações, conforme destacado por Rosane Leal da Silva. et al. (2011, p. 449-450),

[...] Se há alguns séculos a propagação de ideias se restringia ao círculo exíguo daqueles que sabiam ler e tinham acesso a livros, hoje essa divulgação alcança um espectro bem mais amplo de pessoas, dada à democratização educacional e à evolução dos meios comunicacionais. Tal evolução, que passa pelo rádio e pela televisão, atinge seu auge com o advento da internet. Embora as propriedades intrínsecas da rede – relativização de tempo e espaço, difusão em escala mundial, múltiplas formas de compartilhamento informacional –, propiciem rico intercâmbio entre pessoas e culturas, é inegável que igualmente alargam o alcance de conteúdos perniciosos, como o discurso de ódio, além de trazerem obstáculos a investigações, à ação de meios de controle ainda muito acostumados com o mundo palpável.

Percebe-se que atualmente não basta somente propagar a informação por meio televisivo, do rádio ou das mídias impressas, havendo uma confluência dos suportes nos quais a notícia é veiculada. Ainda que as informações sejam divulgadas nas mídias tradicionais elas também migram para a *internet*, onde é capaz de atingir um grande número de pessoas, com alcance instantâneo e

global, acessível sete dias da semana. Todavia, embora essa nova tecnologia tenha trazido grandes avanços, ela também propiciou um novo canal para a difusão do discurso de ódio.

Diariamente, de forma pública e indiscriminada, comentários que incentivam o ódio e a violência são proferidos nas redes sociais, tendo como alvo determinados grupos sociais que configuram minorias, o que suscita o interesse em analisar a propagação dessas mensagens que a um só tempo discriminam e incitam a violência contra o grupo que é alvo, conforme será abordado na sequência.

1.1 Narrativa do caso com ênfase aos comentários proferidos no âmbito virtual

No dia nove de junho de 2017, na cidade de São Bernardo do Campo, na Grande São Paulo, dois homens imobilizaram, por meio de amarraduras nas mãos e nos pés, um adolescente de 17 anos, o tatuaram na testa com a seguinte frase “eu sou ladrão e vacilão”. Além da inscrição na testa, os ofensores raspam o cabelo do adolescente. Tal ofensa física ocorreu sob a justificativa de punir o adolescente envolvido em suposta tentativa de roubo a uma bicicleta. Objetivando prosseguir com o castigo, os sujeitos filmaram o garoto, o obrigando a confessar o suposto crime e essa filmagem foi divulgada em grupos de redes sociais, atingindo um grande número de visualizações (POLÍCIA, 2017). Percebe-se que a dupla não se contentou apenas em violentar fisicamente a vítima, pois também o expuseram a uma situação vexatória com o vídeo.

Segundo depoimento do adolescente ao Jornal Folha de São Paulo, ele admitiu ser usuário de drogas e que no dia do fato estava muito bêbado, mas afirmou que apenas colocou a mão na bicicleta e não sabia o que estava fazendo (VALOIS, 2017). Complementando o relato, o adolescente informou que pediu para que não fosse tatuado na testa: “implorei para que quebrassem meus braços e minhas pernas, mas que não fizessem isso”

(VALOIS, 2017). A narrativa da vítima demonstra que além da agressão física o menino foi vítima de violência psicológica, pois a ação lhe impôs grande sofrimento.

Devido ao fato exposto, os dois indivíduos confessaram o ato praticado, foram presos em flagrante e indiciados por tortura (POLÍCIA, 2017). Logo após, em vinte e um de julho de 2017, os sujeitos foram denunciados, na 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, em São Paulo, pelos crimes de lesão corporal gravíssima, constrangimento ilegal mediante violência e ameaça (SEM, 2017), denúncia que levou à condenação dos acusados pela Justiça de São Paulo, decisão datada de fevereiro de 2018 (JUSTIÇA, 2018).

Ademais, segundo a família do adolescente tatuado, tratava-se de usuário de crack e álcool e estava desaparecido desde o dia trinta e um de maio de 2017. Devido ao vídeo publicado na *internet*, seu tio o encontrou e o encaminhou para depoimento na polícia local (SEM, 2017). Atualmente, segundo últimas informações do Jornal Folha de São Paulo (JUSTIÇA, 2018), o adolescente está em tratamento contra o uso de drogas em uma clínica de reabilitação, em Mairiporã e sua tatuagem está sendo removida.

Essa situação, narrada acima, possuiu uma grande repercussão na *internet*, com seu conteúdo publicado em distintas plataformas digitais de informação e de comunicação. Muitas pessoas comentaram esse conteúdo, percebendo-se que muitas postagens visavam incitar à violência e disseminar o ódio, o que evidencia o seu interesse para fins de pesquisa científica, especialmente quando se contrastará a liberdade de expressão e os discursos de ódio.

Salienta-se que a presente pesquisa optou pela página do Jornal Folha de São Paulo, publicada no site da rede social *Facebook*, que servirá de observatório para a análise dos comentários sobre o adolescente tatuado na testa. O critério utilizado para a escolha desse meio de comunicação foi baseado na

pesquisa da Associação Nacional de Jornais (ASSOCIAÇÃO..., 2018), segunda a qual este é o Jornal de maior circulação *online* no Brasil.

Elegeu-se o site de rede social *Facebook* deste Jornal pois, conforme a Secretaria Especial de Comunicação Social (SECOM, 2014), esta rede social foi a mais utilizada pela população brasileira, em 2015, ano em que esse órgão contemplou o uso das redes sociais. Além disso, o *Digital in: Global Overview*, projeto desenvolvido pelo *We Are Social* (WE ARE SOCIAL, 2017), apontou o *Facebook* como a plataforma digital mais utilizada no mundo, sendo que o Brasil ocupa a terceira colocação de maiores usuários dessa mídia.

Outro elemento de escolha determinante foi o fato de essa rede social ser gratuita e interativa, o que facilita o acesso às informações em âmbito global e permite a visualização de suas reportagens, na íntegra, por meio do *login* do usuário.

Destaca-se também que a Folha de São Paulo comunicou, em oito de fevereiro de 2018, que manterá sua página, no *Facebook*, mas deixará de atualizá-la, informando que é a maior rede jornalística nesse meio, com 5,95 milhões de seguidores (FOLHA, 2018). Logo, tendo em vista que o caso em estudo ocorreu no ano de 2017, quando o perfil ainda era atualizado, a eleição desse site ainda se justifica.

Para a realização da pesquisa foram empregadas no campo de busca do site as palavras “testa”, “sou ladrão e vacilão” e “adolescente tatuado”, o que resultou em onze postagens sobre o adolescente tatuado na testa. Dentre elas, as reportagens intituladas “Voltamos aos tempos de escravidão, quando ferro reprimia desobediência”, “Polícia prende dois suspeitos de tatuar “ladrão” em rosto de adolescente em SP” e “Adolescente diz ter implorado para não tatuarem “ladrão” em sua testa” tiveram o maior número de comentários com aproximadamente 2.200, 1.349 e 924, respectivamente. Elegeu-se a segunda publicação para análise pela grande repercussão gerada nos comentários, pois anunciava a prisão dos tatuadores. Será analisado, portanto, o teor

das postagens realizadas no dia 10 de junho de 2017, intitulada “Polícia prende dois suspeitos de tatuar “ladrão” em rosto de adolescente em SP” (FACEBOOK, 2017).

Essa análise será feita por meio de sua divisão em três categorias, sendo elas “opiniões odiosas ou/e que incitaram a violência”, “pessoas que reprovaram o comportamento dos sujeitos que fizeram a tatuagem” e “outros”. Dos 1.349 comentários produzidos pela matéria, 175 enquadraram-se no grupo um, 77 no grupo dois e 1.097 no grupo três. Salienta-se que embora o número expressivo de opiniões incentivando o uso da violência verbal e física, observou-se expressivo número de internautas cujos comentários integram a categoria dois, repreendendo a agressão ao adolescente por considerarem tal ato desumano. Em relação à categoria três, foram identificadas manifestações de cunho político e que extrapolavam o contexto da notícia, críticas à segurança pública e à justiça brasileira, dentre outras manifestações.

Desse universo de postagens, os comentários da categoria “um” interessam à presente pesquisa, merecendo destaque manifestações como “bandido bom é bandido morto”, postagem que reflete a descrença de seu autor na punição conferida pelo Estado a quem comete algum crime ou ato infracional. A descrença no sistema de justiça leva muitos brasileiros a equivocadamente defenderem a morte do autor do ato infracional como medida mais eficaz, não demonstrando pudores em defender resposta individual extrema e inconstitucional.

Ainda que de maneira mais branda e sem utilizar a expressão pena de morte outros internautas também expressaram opinião compartilhando da posição de que a morte seria a resposta mais eficiente aos criminosos, o que pode ser depreendido de postagens como “Realmente o tatuador errou... deveria ter dado um tiro na testa!” e “Tem é que matar e jogar o corpo fora”. Nota-se que essas manifestações expressam o sentimento de internautas que pretendem eliminar, definitivamente, do convívio social aquelas pessoas que praticam atos contrários ao direito.

O teor dos comentários indica que muitas pessoas não concordam com as penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo-as muito brandas. Diante dessa suposta insuficiência, defendem publicamente a adoção de estratégias que revelam o apreço pela “justiça de mão própria”. Foi o que ocorreu no caso do adolescente tatuado na testa, pois ainda que as vítimas do ato infracional por ele praticado não tenham usado a morte como procedimento, encontraram na tatuagem uma resposta física brutal para punir o adolescente autor do ato infracional.

Alguns internautas apoiadores da ação dos justiceiros propuseram, inclusive, outros métodos alternativos de violência, como se percebe em postagens tais como: “[...] Era mais fácil amarrar as mãos e os pés e atirar dentro de um rio” e “[...] entre um vagabundo e um cidadão de bem escolho o cidadão de bem... tatuagem foi pouco, deveria ter cortado a mão esquerda, assim pensaria 1.000 vezes antes de roubar pq (sic) na próxima seria a direita”. Nesse último comentário, além de conter um incentivo à agressão física, evidencia-se a imposição de superioridade que certos indivíduos, intitulados por si mesmos de “cidadãos de bem”, fazem sobre outras pessoas, consideradas pelo senso comum como “vagabundos”.

Tais manifestações não só refletem os preconceitos da sociedade, como também contribuem para o acirramento desses sentimentos segregacionistas, típicos de uma sociedade maniqueísta que separa quem é “do bem” e ostenta um padrão de vida percebido como “correto”, de quem, ao revés, não desfruta dessa condição e, por isso, deve ser excluído da sociedade. Nessa categorização o adolescente tatuado foi considerado por alguns internautas como integrante do segundo grupo, o que justificava que fosse tratado por “vagabundo”, “lixo”, “marginal” e “verme”. Tal tratamento desqualifica qualquer pessoa, consistindo em ofensa ainda mais gravosa em virtude de que se trata de quem está em fase de desenvolvimento, o que atinge diretamente sua dignidade.

A leitura das postagens indica que alguns internautas mostraram-se contrários à atitude dos supostos justiceiros, pois consideram que a violência não é o melhor caminho para obter a justiça. Isso foi constatado em comentários como “[...] se existe justiça, que se faça a justiça como ela tem que ser e não por esses meios [...]” e “[...] não é fazendo "justiça" com minhas próprias mãos, que o mundo ficará melhor. [...]”. Essas opiniões são de leitores que viram a tatuagem como ato desumano, desproporcional e violador da dignidade da pessoa humana e que também configura ato contrário ao direito, pois tanto a apuração dos crimes quanto a aplicação de penas competem às instituições públicas, não podendo ser realizadas por particulares.

Mas não foi apenas a atitude dos tatuadores que as pessoas reprovaram. Elas também demonstraram sua aversão às opiniões de certos internautas, em especial os que defendem a premissa “bandido bom é bandido morto”. Tal posicionamento se reflete em comentários como “Bandido bom é bandido reabilitado [...]”, e em manifestações de pessoas que até se identificam como vítimas de algum crime, mas sustentam que não é por esse fato que desejaram a morte de seu agressor. Esses internautas expressam sua crença na ressocialização de quem comete algum delito e rechaçam as formas de punição ilegais e degradantes, creditando a prática de crimes e atos infracionais nas históricas desigualdades econômicas e sociais vividas por expressiva parcela da população brasileira.

Os autores dos comentários mais comprometidos com os direitos humanos também foram alvo de postagens agressivas por parte dos demais internautas. Quem se manifesta de maneira distinta à maioria oidenta é hostilizado e sua liberdade de expressão é silenciada pelos mais duros xingamentos.

Tal comportamento merece ser analisado com cautela, especialmente porque a liberdade de expressão se constitui num dos pilares do estado democrático de direito e nesse sentido não se

deve limitar injustificadamente o seu exercício, mormente quando sua manifestação vem em favor dos direitos humanos.

Diante dessa problemática e da importância do tema, a próxima seção destina-se a discutir a liberdade de expressão para verificar se sua extensão abarcaria inclusive as manifestações dos internautas que expressaram seu ódio e incitaram a violência contra o autor do ato infracional, ou se ao revés, essas publicações configuraram discurso de ódio.

1.2 Liberdade de expressão x discurso de ódio: notas introdutórias ao debate

A liberdade de expressão é um direito essencial na vida humana, especialmente se considerar que muitos países já possuíram regimes ditatoriais e repressivos, como o Brasil. Contudo, cabe ressaltar que seu exercício ilimitado e abusivo pode, por vezes, violar demais garantias constitucionais, como a dignidade humana. Nessas circunstâncias, as livres manifestações não podem ser vistas de forma absoluta e ilimitada, pois colidem com demais direitos.

Considerando as peculiaridades do caso narrado, em que um adolescente foi violentamente tatuado na testa, o que se seguiu de comentários maldosos e incitação à violência proferidos em site de rede social, faz-se necessário definir o sentido e o alcance da liberdade de expressão. Para isso, destaca-se que ela é consagrada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países e por sistemas de proteção de direitos humanos.

Nesse sentido, a garantia de manifestar-se, livremente, é protegida pelo artigo 5º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, a liberdade de expressão possui relação também com outros dispositivos constitucionais, com destaque para os incisos V, IX, XIV do art. 5º, o art. 139, inciso III, o art. 150, inciso VI, alínea d, o art. 206, incisos II e III, o art. 215 e os arts. 220 a 224. Ademais, a previsão constitucional harmoniza-se,

em âmbito global, com os compromissos firmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, regionalmente, com o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com isso, observa-se que a liberdade de expressão possui tanto proteção interna quanto internacional.

Ao abordar o direito à liberdade, Alexy (2008, p. 218) sustenta ser este “[...] um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado”. O autor alemão (2008, p. 220), levando em consideração sua amplitude, aborda a liberdade a partir da relação triádica, por meio da associação da liberdade específica de uma pessoa com a liberdade da sociedade e das pessoas que dela fazem parte.

O exercício da liberdade não pode ser visto de forma isolada, mas sim a partir da relação com os outros, numa perspectiva social e coletiva. Tal compreensão mostra-se importante para o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, tanto de seu emissor quanto do receptor da manifestação, que amplia a visão desse direito que de individual passa a ser tomado em sua dimensão social, pois ao tratar da liberdade deve-se considerar tanto o emissor da manifestação, a audiência e a sociedade (SARMENTO, 2013, p. 255).

Sua importância para as democracias e sua amplitude justificam a predileção inicial e o destaque que recebe se comparado aos demais direitos fundamentais (STROPPA; ROTHENBURG, 2015, p. 453), o que ocorre porque a liberdade “[...] serve de fundamento para o exercício de outros direitos fundamentais e para a própria democracia enquanto regime que requer a formação de uma opinião pública livre.”

Ainda que sua importância seja incontestável, convém lembrar que no Brasil os direitos fundamentais ocupam a mesma hierarquia e não há direitos absolutos, o que impõe que seu exercício ocorra com responsabilidade e sem atentar à dignidade

dos receptores da mensagem. Nesse sentido, interessante lembrar as contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 70-71), para quem a dignidade é

[...] A qualidade intrínseca e distintiva e reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Portanto, se o exercício da liberdade de expressão resultar em ato desumano e degradante, que conseqüentemente viola a dignidade, merece ser analisado com mais atenção e, quiçá, receber sopesamentos. É isso que ocorre quando as mensagens configuram discurso de ódio. Para Meyer-Pflug (2009, p. 97) o discurso de ódio “[...] consiste na manifestação de idéias (sic) que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Na mesma linha argumentativa, Brugger (2007, p. 118) acrescenta que as manifestações odiosas são “[...] palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.”.

O discurso de ódio não é visto somente como o incentivo à discriminação e à violência, mas também como

[...] elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado

“diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social. (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344)

Isso demonstra que certas pessoas colocam-se em uma posição de superioridade ao expressar seus pensamentos contra aquele que é o destinatário, considerado inferior, contra quem se incita o ódio e a violência na tentativa de excluí-los da sociedade. Essa combinação permite afirmar que para esse discurso ocorrer são necessários dois elementos, a discriminação e a externalidade, baseando-se “[...] na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor.”(SILVA. Et. al., 2011, p. 447)

Visto que o pensamento odioso do emissor precisa se apresentar de forma externa, produzindo efeitos no plano concreto, é necessário escolher o meio de comunicação para isto. Conforme Rosane Leal da Silva. et al. (2011, p. 449), essa eleição leva em consideração o “[...] período histórico vivido pelo autor, com suas condições aquisitivas e de acesso às tecnologias, com o público visado por este, entre outras variáveis.”

Observa-se, em consequência disso, o crescimento do uso da *internet* para proferir manifestações odiosas. Considera-se que as mensagens proferidas no meio virtual atingem um maior número de pessoas e se perpetuam por anos, como sustentam Freitas e Castro (2013, p. 344) para quem “[...] a palavra veiculada oralmente, dirigida ao público trará impacto imediato, mas, se impressa e publicada, poderá promover um dano que permanecerá ao longo do tempo.”. Aprofundando o tema, Stroppa e Rothenburg (2015, p. 457) compreendem que as redes sociais “[...] permitiram que os discursos do ódio que já existiam ganhassem visibilidade e atingissem muito mais pessoas e de uma maneira difícil de ser controlada.”

Exemplo de uso de site de redes sociais para a finalidade de difundir mensagens de ódio foi evidenciado na seção anterior, ocasião em que foram postos em destaques os comentários dos internautas sobre adolescente tatuado na testa, postagens publicadas na página do *Facebook* do Jornal Folha de São Paulo. Ao defender que “bandido bom é bandido morto” e fazer uso de palavras pejorativas, tais como, “marginal”, “ladrão”, “lixo” e “vagabundo”, evidencia-se a presença de *hate speech*. Essas expressões de violência transcendem o adolescente envolvido no fato e atingem todos aqueles que, num determinado momento de suas vidas e em virtude de certas circunstâncias, praticaram ato infracional. Trata-se de um discurso que atinge majoritariamente quem é desfavorecido economicamente e que não teve as mesmas oportunidades que os emissores das postagens, os quais se consideram “cidadãos de bem”.

O discurso de ódio ocorre tanto pela incitação à violência física quanto verbal, presente nos comentários dos internautas que defendiam a morte e a exclusão social dos autores de atos infracionais. Eles sustentavam que punir pelos próprios meios é uma forma de eliminar quem, por características pessoais, condição econômica, social ou pela prática de ilícitos, causa incômodo ou desestabiliza a vida em sociedade.

Tal posição parece ignorar as profundas desigualdades existentes na sociedade brasileira, em que milhões de pessoas vivem em situação de vulnerabilidade socioeconômica, como parece ser o caso do adolescente tatuado na testa. Sequer sua condição de pessoa em desenvolvimento foi respeitada pelos emissores do discurso, cujas manifestações afrontam os princípios norteadores da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, ainda que o Estatuto estabeleça que nenhuma criança ou adolescente receberá tratamento desumano e degradante, a violência de muitos internautas ficou explícita e teve a finalidade de humilhar o autor do ato infracional. Nesse sentido

parecem adequadas as palavras de Miguel Meira (2011, p. 11) ao sustentar que

[...] quando determinadas condutas expressivas tenham como único objetivo (sic) a ofensa, humilhação, discriminação e estigmatização de um determinado grupo, não deverão ser reconhecidas como exercícios válidos da liberdade de expressão, podendo ser legitimamente restringidas, na medida em que põe em causa a igual dignidade da pessoa humana.

Mesmo que a liberdade de expressão e a dignidade humana sejam essenciais para o Estado democrático, aquela não pode ofender esta. Afinal, o discurso de ódio prejudica o caráter comunicativo da livre manifestação de opinião, baseado no pluralismo de ideias, bem como fere pilares da democracia, que deve ser firmada no respeito à diversidade. Portanto, se o exercício da liberdade mostra-se abusivo e viola a condição humana de seus destinatários também ocorre o aviltamento da democracia (FREITAS E CASTRO, 2013, p. 345-346).

E é nesse sentido que se entende que o *hate speech* representa manifestações intolerantes, desrespeitosas e discriminatórias que não se constituem em liberdade de expressão e que devem ser contidos para salvaguardar a própria democracia, que pressupõe e exige o respeito à diversidade. Tal situação toma contornos mais dramáticos quando se analisa a condição do seu destinatário, adolescente a quem se deve destinar tratamento respeitoso, que considere sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Uma vez compreendido que as manifestações realizadas no *Facebook* do Jornal Folha de São Paulo se configuraram como discurso de ódio dirigido contra o adolescente tatuado, na próxima parte do trabalho será analisado o seu tratamento jurídico, o que será feito à luz da proteção integral, princípio que deve nortear o tratamento de crianças e adolescentes.

2 O discurso de ódio no Brasil e a proteção da criança e do adolescente

A partir dos conceitos expostos na seção anterior restou clara a importância da liberdade de expressão como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, constatação que explica a dificuldade em enfrentar os discursos de ódio, pois tal enfrentamento poderia conduzir à limitação dessa importante garantia constitucional. Por outro lado, restou evidente que não se pode ignorar ou tolerar os casos em que o exercício desse direito configura manifestações odiosas contra indivíduos e minorias, atingindo sua dignidade e incitando sua exclusão da arena social.

Devido à complexidade do tema muitos países, apesar de demonstrarem preocupação com a proliferação dos discursos de ódio (como é o caso do Brasil), ainda oferecem respostas insatisfatórias ante sua ocorrência. Para Meyer-Pflug (2009, p. 99), isso ocorre pois em alguns casos não é fácil constatar as manifestações odiosas, as quais muitas vezes se manifestam de forma implícita. Por isso, o combate a este discurso é difícil, até porque, segundo a autora (2009, p. 99) “[...] a agressão é velada, mas nem por isso deixa de ferir o direito das vítimas a que se destina.”.

Os comentários proferidos no Facebook contra o adolescente tatuado na testa são um exemplo dessa forma de agressão, o que justifica a discussão sobre as alternativas jurídicas de enfrentamento dos discursos de ódio, especialmente considerando a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, adotada no Brasil. Esses serão os temas a seguir contrastados.

2.1 Análise normativa e doutrinária do discurso de ódio

O discurso de ódio, como já mencionado acima, ainda é uma temática considerada obscura para diversos países, inclusive o Brasil, os quais tratam, especificamente, de poucas formas de

expressão daquele. Os avanços tecnológicos contribuíram para isso, visto que com a *internet* as manifestações odiosas ganharam um novo ambiente de propagação, o que dificulta o tratamento jurídico deste assunto. Nesse sentido, Rosane Leal da Silva. et al. (2011, p. 450) entende que

[...] o Direito, tal qual construído na modernidade, tem sido constantemente desafiado pelas interações ocorridas no ambiente virtual, especialmente quando se trata de conteúdos destinados a propagar o ódio. Com efeito, muitos dos discursos proferidos com essa finalidade não encontram tipificação legal, pois no Brasil é concedido tratamento legal específico a apenas alguns tipos de discursos de ódio.

Esse é um desafio no Brasil, pois mesmo inexistindo lei específica sobre algumas categorias de discurso de ódio, observa-se que o país se alinhou aos compromissos internacionais que visam combater a proliferação do ódio racial, nacional e religioso, conforme expresso no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), documentos que proíbem esses tipos de discursos, nos artigos 20.2 e 13.5, respectivamente.

Contudo, além dessas categorias de *hate speech* existem outras, como é o caso das manifestações odiosas de cunho social e econômico, situação contemplada no artigo 1.1³ da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (OEA, 2013).

³“Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.” (OEA, 2013).

Salienta-se que essa Convenção foi aprovada em seis de junho de 2013 na Guatemala, o que ocorreu depois de longas negociações iniciadas em 2005, as quais contaram com a participação do Brasil, país que teria liderado este processo (BAIRROS; NUNES; PATRIOTA, 2013). Isso já ressalta a preocupação do país em coibir outras formas discriminatórias, além das de natureza racial, religiosa e nacional, visto que

[...] O governo brasileiro reconhece igualmente como um importante avanço para a afirmação dos Direitos Humanos a garantia da população vítima de violações devida a sua orientação sexual, religiosa, cultural ou política, assim como assegura a proteção de pessoas vulnerabilizadas em razão de sua condição social, deficiência ou estado de saúde física ou mental, inclusive infectológico e condição psíquica incapacitante. (BAIRROS; NUNES; PATRIOTA, 2013).

Mostra-se de suma importância a participação do Brasil no processo de aprovação de uma convenção que trata sobre várias formas de discriminação, pois revela o interesse brasileiro em coibir tratamentos distintos e desumanos a determinados indivíduos e grupos, bem como, revela seu compromisso em assegurar e proteger o respeito a sua dignidade. Essa opção afirma a atuação do país como Estado Democrático de Direito e solidário diante das diferentes formas de segregação e intolerância a que está sujeito. Afinal, “[...] o binômio democracia e direitos humanos se faz premente na experiência brasileira, tendo em vista que o projeto democrático está absolutamente condicionado à garantia dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2015, p. 400).

Em outras palavras, todo indivíduo deve ser respeitado e protegido devido a suas próprias características e o Estado democrático busca, justamente, o respeito e a aceitação às diferenças (MACIEL; SCHONARDIE, 2015, p. 433). A assinatura deve vir complementada pela ratificação dos tratados

internacionais, como é o caso da Convenção em análise, pois a partir disso

[...] o Brasil assume perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional. (PIOVESAN, 2015, p. 389).

Ser signatário de um tratado de direito internacional pressupõe a obrigatoriedade do Estado cumprir com as decisões dos órgãos internacionais, sob pena de cometer infração (CAMARGO, 2015, p. 360). Mesmo que tenha que ocorrer ainda o processo de ratificação da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, o Brasil já a assinou (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 148) e esse ato enfatiza o interesse e o reconhecimento de sua importância no país.

Neste tratado consta que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) devem estar comprometidos em erradicar todas as formas de discriminação e intolerância e para isso devem adotar medidas nacionais e regionais para promover o respeito aos direitos humanos (OEA, 2013). Além disso, no capítulo III estão previstos os deveres dos Estados em prevenir, eliminar, proibir e punir todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, o que deve ser feito por meio de legislação específica, políticas sociais, ações afirmativas, pesquisas sobre o assunto, entre outras estratégias para que os grupos violados sejam, efetivamente, protegidos (OEA, 2013).

Em relação ao *hate speech*, o instrumento internacional, em seu conteúdo

[...] aponta caminhos jurídicos seguros, indicando soluções adequadas para os problemas atinentes aos efeitos negativos acarretados pelo discurso do ódio, e importará em sensível aprimoramento de um conceito jurídico capaz de descrever o fenômeno de acordo com a realidade social. (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 148-149).

Isso se dá pelo fato de a Convenção estabelecer o conceito de discriminação ligado a situações que acompanham as mudanças da sociedade, com o devido respeito às diferenças resultantes desse processo. Seu conteúdo, mais amplo, evidencia que os discursos de ódio não se limitam às afrontas às categorias de direitos especificados expressamente no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Tais documentos internacionais necessitam ser complementados e harmonizados pelo que está disposto na Convenção Interamericana Contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, compromisso que contempla as demais formas de *hate speech* que não estavam anteriormente previstas. Além disso, ela

[...] constitui um modelo jurídico capaz de proporcionar respostas ao discurso de ódio por: (i) indicar conceitos jurídicos determinados que descrevem os efeitos provocados pelo discurso de ódio; (ii) oferecer proteção aos grupos vulneráveis, uma vez que define os critérios proibidos de discriminação, em consonância com o Direito da Antidiscriminação. A Convenção, em seu arcabouço de proteção de direitos, destaca ainda a igualdade, interpretada por este instrumento em sua perspectiva material, a dignidade humana e o princípio da não discriminação. (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 149).

Proteger os direitos humanos de maneira mais abrangente e sob a perspectiva destes princípios evidencia que os instrumentos internacionais possuem a preocupação em tutelar as diferenças, reconhecendo que as sociedades são plurais e desiguais. Tal reconhecimento é de extrema relevância, pois como explicado por

Flávia Piovesan (2006, p. 27-28) “[...] A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. [...]”.

Corroborando esse entendimento, Antônio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 664) entende que as formas de violações de direitos humanos têm persistido e se apresentam de modo diversificado e grave em diversas regiões do mundo:

[...] Às violações “tradicionais”, em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e lingüística (sic), além de violações de direitos fundamentais e do direito internacional humanitário.

Nesse contexto de ampliação de direitos humanos e explícito reconhecimento da vulnerabilidade de grupos minoritários não é possível ignorar que o adolescente tatuado na testa, atacado de “ladrão”, “vagabundo” e alvo de incitação à violência expressa em frases como “bandido bom é bandido morto”, está albergado pelo teor da Convenção Interamericana Contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, firmada pelo país e ainda não ratificada.

O propósito de aderir a esse movimento em favor dos direitos humanos, no entanto, não se faz suficiente, pois diante de tantas violações é necessário que o Estado, além de participar da elaboração de Convenções internacionais e ratificá-las, também efetive esses direitos no plano material, o que exigirá que atue como Estado Democrático de Direito. A passagem do plano normativo para uma ação alinhada a esses propósitos se mostra essencial, como aponta Maria Lucia Miranda de Souza Camargo (2015, p. 362) para quem,

[...] apesar do avanço no reconhecimento de direitos de proteção da pessoa humana pelo Estado brasileiro, nem sempre o Estado garante a proteção mínima para a existência digna de seu cidadão. Os deveres de proteção e de garantia assumidos pelo Brasil exigem uma postura mais atuante por parte deste, adotando medidas de política pública na proteção e prevenção de violações de direitos humanos, com a efetiva punição dos culpados e com a conseqüente reparação das vítimas em caso de violação.

Portanto, embora seja relevante a preocupação do Estado em coibir o tratamento discriminatório a determinadas pessoas e grupos sociais é preciso que atue de forma efetiva nesses casos, em especial quando a dignidade de crianças e adolescentes é violada. Tais comportamentos não podem ser naturalizados ou confundidos com o mero exercício da liberdade de expressão, pois claramente instigam a violência e incitam a prática de outros crimes (como lesão corporal, homicídio, dentre outros) contra quem é destinatário de proteção a ser promovida pela família, sociedade e Estado, conforme será aprofundado na sequência.

2.2 Dilemas da proteção integral em face da violência física, psíquica e moral sofrida pela vítima

A proteção dos direitos humanos, como evidenciada na seção anterior, não deve receber um tratamento retórico e limitado ao reconhecimento de direitos em âmbito internacional, mas sim passar ao plano da efetividade, ocupando-se de questões específicas e reveladoras da violação de garantias fundamentais daqueles que são mais vulneráveis. Para atender a essa especificidade e dirigir proteção diferenciada a crianças e adolescentes a Organização das Nações Unidas (ONU) empreendeu esforço que resultou na edição da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, documento que reconhece a condição peculiar de desenvolvimento e firma o

compromisso coletivo dos Estados em promover melhores condições de vida e desenvolvimento integral a esses sujeitos.

A referida Convenção foi aprovada em novembro de 1989 pela Organização das Nações Unidas e foi ratificada pelo Brasil em 1990 (PEREIRA, 2008, p. 18). Um dos pontos importantes desse tratado foi a consolidação, no ambiente jurídico, da Doutrina da Proteção Integral, pois esta, segundo Josiane Veronese e Mayra Silveira (2011, p. 26), “Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações.”

Esse preceito influenciou a redação do artigo 227, da Constituição brasileira de 1988 e também a Lei nº 8.069/1989 – Estatuto da Criança e do Adolescente, precursores do sistema de proteção integral no Brasil. Tais marcos legais produziram uma verdadeira viragem normativa que culminou com a substituição da legislação menorista, representada pelo Código de Menores de 1979, diploma legal que tinha como objeto de intervenção quem era considerado em situação irregular, ou seja, “[...] o menor de 18 anos abandonado materialmente, vítima de maus tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou autor de infração penal (art. 2º), colocava-se como uma legislação tutelar”. (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 25-26).

O tratamento diferenciado era endereçado especificamente a alguns sujeitos, numa postura reveladora do que Martha de Toledo Machado (2003, p. 42) considera ser uma espécie de controle sociopenal daqueles sujeitos denominados como carentes e delinquentes. Tal quadro foi alterado normativamente no momento em que o Brasil adota a proteção integral como princípio orientador, o qual deve abranger todas as dimensões da personalidade do titular, aplicando-se a todas as crianças e adolescentes indistintamente.

Esse novo marco normativo não teve, no entanto, o poder de alterar muitas posturas e comportamentos sociais, não sendo raro

encontrar posicionamentos que continuam a assumir clara defesa social, em detrimento dos direitos dos infantes, como evidenciado no triste episódio que envolveu o adolescente tatuado na testa.

Tais comportamentos precisam ser revistos e devem ceder lugar para novas posturas que reflitam os ideais propagados pela Doutrina da Proteção Integral, cuja principiologia “[...], orienta-se pela idéia (sic) central de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em relação ao mundo adulto; são sujeitos de direito em suas relações com a família, a sociedade e o Estado.” (TOLEDO, 2003, p. 49-50)

A compreensão se altera radicalmente, pois o foco migra da preocupação com a sociedade para a responsabilidade social em promover a proteção integral de quem, pela sua natureza, idade, condição cognitiva e emocional se, encontra mais vulnerável em face dos adultos. Como destacado por Toledo (2003, p. 50), a mudança legislativa origina o surgimento de uma nova corrente doutrinária cuja principal base

[...] norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos (há necessidade de direitos essenciais especiais e de estruturação diversa desses direitos).

Para Josiane Veronese (1999, p. 100-101), essa Doutrina possui “[...] a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.”. Dessa forma, as crianças e os adolescentes passam a ser sujeitos de direitos, assim como os adultos, mas deve ser destinado a eles

tratamento que seja adequado à condição de desenvolvimento peculiar.

A satisfação desses direitos pressupõe a ação articulada e responsável da família, sociedade e Estado, pois “São eles que irão proteger e promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, devendo cada qual cumprir seu dever, desempenhar os seus papéis, objetivando assegurar a efetividade e o respeito aos direitos da criança e do adolescente” (VERONESE, SILVEIRA, 2011, p. 34).

A distância entre a normativa e a realidade vivenciada por muitos meninos e meninas, no entanto, deixa ver o quanto ainda é preciso avançar para a efetivação dos compromissos firmados. O caso do adolescente tatuado revela um lamentável quadro de irresponsabilidade compartilhada, a saber: sinaliza para a insuficiência da família, que muito possivelmente deve ter se omitido ou falhado em cumprir seu papel de provedora, o que tanto envolve o atendimento das necessidades materiais quanto da atenção, educação e imposição de limites para a convivência respeitosa em sociedade. Em segundo momento, a crueldade física empregada contra o adolescente, cuja testa foi brutalmente tatuada, escancara uma sociedade doente, bárbara, que crê na justiça de mão própria. As pessoas diretamente envolvidas na violência física não hesitaram em atribuir mais valor à propriedade de bens materiais em detrimento da integridade física e psíquica do envolvido, a demonstrar total respeito pela sua dignidade. Os internautas, por sua vez, majoritariamente corroboraram essa conduta, justificando-a e até mesmo incentivando atos ainda mais violentos. O Estado, por derradeiro, também falha, pois não provê de maneira adequada e suficiente os direitos fundamentais básicos de milhares de crianças e adolescentes, cujas carências na área da alimentação, saúde, educação e lazer são reconhecidas, o que força muitos sujeitos pelo caminho mais rápido, oportunizado pelo mundo do crime.

O comportamento social, no presente caso, choca pelo grau de violência, em clara afronta ao disposto no artigo 5º, da Lei nº 8.069 cujo teor promete colocar a salvo crianças e adolescentes, livrando-as de tratamentos negligentes, discriminatórios, violentos, cruéis e de exploração, em qualquer forma, tanto por ação ou omissão do agente (BRASIL, 1990). Segundo Annina Lahalle (2008, p. 48) esse artigo impõe um dever social de promover e proteger esses atores, o que consiste em obrigação de todos e não exclusivamente da família.

Além da ofensa física foram produzidas inúmeras outras violações que atingiram sua integridade moral e psíquica, já que o adolescente foi tratado como “lixo” e “verme”, considerado merecedor de todo tipo de atrocidade, do corte das mãos até a morte. Tais comportamentos foram claramente discriminatórios, pois evidenciaram o sentimento de superioridade dos emissores do discurso contra o seu destinatário.

A discriminação, um dos importantes componentes do discurso de ódio, é conceituada por Josiane Veronese e Mayra Silveira (2011, p. 36) como “[...] o tratamento diferenciado e injustificado que venha a prejudicar a criança e o adolescente, em situações como a distinção em razão de cor, sexo, religião ou situação econômica.”

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança também trata do tema em seu artigo 2º e estabelece que os Estados Partes devem respeitar os direitos fundamentais dessas pessoas em desenvolvimento peculiar, promovendo-os e assegurando-os a todos, sem distinção quanto ao sexo, idioma, crença, origem nacional, posição econômica ou outras condicionantes do destinatário da proteção (ONU, 1989). Conforme Flávia Piovesan (2015, p. 294) esse é um comprometimento que os países signatários possuem em proteger a criança contra todas as formas discriminatórias e também de prover-lhe a assistência adequada.

Nota-se, portanto, que as crianças e os adolescentes devem ser respeitados e terem sua integridade física e psíquica

preservadas e para efetivar esse tratamento previsto na Convenção, a Lei nº 8.069/1990 contemplou importantes dispositivos em seus artigos 17 e 18. O primeiro artigo mencionado trata do respeito, que para Veronese e Silveira (2011, p. 64) refletise no “[...] direito à inviolabilidade biopsíquica e moral, bem como preservação de sua identidade e de seus valores.”. No mesmo sentido segue Tânia Pereira (2008, p. 146) ao evidenciar a importância do respeito, defendendo que “como pessoas em fase de desenvolvimento, crianças e jovens devem ser preservados em sua integridade moral e psíquica, respeitado os seus sentimentos e emoções, e assistidos em suas fragilidades”.

O art. 18, por sua vez, prevê que nenhuma criança e adolescente deve ser tratado de forma desumana, violenta, aterrorizante, vexatória ou constrangedora (BRASIL, 1990), comportamentos que atentariam contra a sua dignidade. Segundo Deodato Rivera (2008, p. 104) foi situado nesse artigo “[...] o ponto fulcral da doutrina da proteção integral, cujo fundamento está precisamente nessa “dignidade inerente” que as pessoas em desenvolvimento partilham com todas as demais pessoas humanas”, ou seja, este artigo reafirma que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais, destinados a todos, bem como são merecedores de tutela específica, adequada e condizente com sua condição de desenvolvimento peculiar.

Conclusão

A narrativa do caso do garoto tatuado e a análise dos comentários publicados pelos internautas na página do *Facebook* do Jornal Folha de São Paulo foram reveladores da prática de discurso de ódio, também denominados de *hate speech*. Tal manifestação levou em consideração a condição socioeconômica do destinatário da mensagem e a prática do ato infracional, o que restou evidente em postagens que sustentavam que “bandido bom

é bandido morto” e lhe atribuíam adjetivos pejorativos, ao tratá-lo por “lixo”, “marginal” e “vagabundo”.

Nas publicações ficou claro o sentimento de superioridade dos emissores das mensagens, que se auto intitulavam “cidadãos de bem”, contra quem consideravam um “lixo” que deveria ser excluído do convívio social. Longe de ser considerado como exercício da liberdade de expressão, muitas publicações discriminaram o adolescente autor do ato infracional e incitaram a violência contra esse sujeito que, por lei, é merecedor de respeito aos seus direitos de personalidade.

A brutalidade da violência física, ao que se seguiram ofensas e humilhações evidenciam a distância que ainda existente entre a legislação protetiva dos direitos de crianças e adolescentes e as práticas cotidianas de ataque à dignidade desses sujeitos, ainda tratados como objeto.

Nenhuma pessoa pode ser vítima de tratamento discriminatório em razão de sua raça, gênero, nacionalidade, orientação sexual, religiosa, o que é amplamente expresso em compromissos internacionais abordados ao longo do texto. A condição socioeconômica, no entanto, somente é referida no texto Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação, cuja redação evidencia que não se pode sofrer discriminação em virtude dessa condição. O acréscimo do tema nessa Convenção demonstra a preocupação de possuir um mecanismo jurídico que coíba as diversas modalidades de manifestações odiosas, conferindo às vítimas a proteção internacional que, em tese, obrigaria os Estados signatários a dar atenção ao tema. Para que comportamento obrigue o Estado e se torne exigível contra ele, no entanto, é preciso mais que a vontade política expressa na sua assinatura, exigindo-se a complementação com a ratificação desse tratado pelos países (medida ainda não implementada pelo Brasil) o que deve se seguir da adoção de meios efetivos para o seu cumprimento o que, pelo visto, ainda se está longe de alcançar.

O descaso com a efetivação de direitos no campo da infância ainda é uma triste realidade no Brasil que, inobstante figurar como firmatário da Convenção Sobre os Direitos da Criança, ter incorporado seus valores e princípios no texto da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente ter editado a Lei nº 8.069, de 1990, ainda trata crianças e adolescentes com desrespeito de seus direitos, em clara reedição de comportamentos típicos do paradigma da situação menorista.

A trágica história do menino tatuado revela profundas fissuras da proteção integral, a evidenciar a falha dos atores encarregados da proteção integral e sua tolerância com os discursos de ódio, práticas que precisam ser duramente combatidas pelo Estado brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. **Maiores Jornais do Brasil**. Brasília: ANJ, 1979. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BAIROS, Luiza; NUNES, Maria do Rosário; PATRIOTA, Antonio de Aguiar. OEA aprova a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. **Ministério das Relações Exteriores**, 7 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/2361-oea-aprova-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo-a-discriminacao-racial-e-formas-correlatas-de-intolerancia-e-a-convencao-interamericana-contra-toda-forma-de-discriminacao-e-intolerancia>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.069 - 1990. **Estatuto da criança e do adolescente**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: SECOM, 2014.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista Direito Público** Brasília, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CAMARGO, Maria Lucia Miranda de Souza. O Brasil e a responsabilidade perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. **Direito internacional dos direitos humanos II**, organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; Coordenadores: ARAUJO, Bruno Manoel Viana De; BIZAWU, Kiwonghi; LEISTER Margareth Anne. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 350-365. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/xyoC7OB0HZ2aO3Xf.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: Reflexões Sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisado por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

FACEBOOK. **Facebook Inc.** Massachusetts, Estados Unidos: 2004. Disponível em: <<https://www.facebook.com/>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

FOLHA deixa de publicar conteúdo no Facebook. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/folha-deixa-de-publicar-conteudo-no-facebook.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, jul., 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

JUSTIÇA condena homens que tatuaram testa de adolescente em SP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/justica-condena-homens-que-tatuaram-testa-de-adolescente-em-sp.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

LAHALLE, Aninna. Art. 5º. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 48-50.

MACIEL, Renata; SCHONARDIE, Elenise Felzke. O desenvolvimento da cidadania como condição de realização dos direitos humanos. **Direito internacional dos direitos humanos**, organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; LOPES, Ana Maria D'Ávila; SPOSATO, Karyna Batista. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 423-446. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/phc1kv31/opogfEfnTj3u1k2B.pdf>> . Acesso em: 29 abr. 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MEIRA, Miguel Salgueiro. Os limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio. **Verbo Jurídico**, fev. 2011. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, 1966.

_____. **Convenção Sobre os Direitos das Crianças**, 1989.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969.

_____. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**, 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

POLÍCIA prende dois suspeitos de tatuar “ladrão” em rosto de adolescente em SP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1892002-policia-prende-dois-suspeitos-de-tatuar-ladrao-em-rosto-de-adolescente-em-sp.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

RIVERA, Deodato. Art. 18. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 103-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 252-259.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SEM citar tortura, promotora denuncia dupla que tatuou testa de adolescente. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 jun. 2017. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1895489-sem-citar-tortura-promotora-denuncia-suspeitos-de-tatuar-testa-de-jovem.shtml>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

SILVA, Rosane Leal. et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista DIREITO GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-467, jul./dez., 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/05_rev14_445-468_-_rosane_leal_da_silva_-_scielo.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria**, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revista_direito/article/view/19463/pdf#.WPbB3tLyvIU>. Acesso em: 03 mar. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VALOIS, Érika. Adolescente diz ter implorado para não tatuarem 'ladrão' em sua testa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1892182-adolescente-diz-ter-implorado-para-nao-tatuarem-ladrao-em-sua-testa.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2017: Global Overview**. Nova Iorque: We are Social LTD, 2017. Disponível em: <<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

Eu tenho direito a uma família? O direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção

Nicole Martignago Saleh¹

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do direito fundamental à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção.

Para atingir seus objetivos, esta pesquisa tem início com um estudo sobre o direito fundamental à convivência familiar, tratando da trajetória histórica dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes no Brasil até a atual conjuntura.

Na sequência, aborda o instituto da adoção no país, estudando suas alterações no decorrer dos tempos e implicações jurídicas e pessoais.

Por fim, o terceiro e último item visa analisar quem são as crianças e adolescentes em lista de espera na adoção e como o direito à convivência familiar e comunitária lhes está sendo possibilitado.

¹ A autora é bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pós-graduanda em Direito das Crianças e dos Adolescentes e Políticas Públicas pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e pesquisadora integrante do NEJUSCA/UFSC (Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente). Contato via e-mail: nicolemsaleh@hotmail.com.

1 O Direito Fundamental à Convivência Familiar

A trajetória histórica do direito da criança e do adolescente no Brasil é importante para reconhecermos a importância dos direitos fundamentais que hoje lhes são garantidos. E, para estudarmos o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção, faz-se necessário compreender o caráter fundamental deste direito.

Os direitos da criança e do adolescente “resultam de uma construção social, de conteúdo ético, provêm de um processo histórico e dinâmico de conquistas e de consolidação de espaços emancipatórios da dignidade humana.” (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 87).

Foi a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, produzida pelas Nações Unidas e ratificada pelo Brasil, que “incentivou uma nova fase de desenvolvimento normativo”. Esta Declaração corresponde a um tratado internacional de direitos humanos, ou seja

[...] tem força jurídica obrigatória e abarca todo o espectro dos direitos humanos, isto é, reconhece tanto os direitos civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, afirmando implicitamente que o desfrute de um direito não pode estar apartado do gozo dos demais. Isso significa que, para a criança desenvolver as suas capacidades físicas, intelectuais, morais e espirituais, requer-se tanto atenção médica e educação adequada quanto um meio social e familiar saudável e seguro, alimentação equilibrada e normas mínimas que regulem a atuação dos meios de comunicação. (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 93-94).

Em verdade, este não foi o único documento internacional que contribuiu para a quebra de paradigma do direito da criança e do adolescente no Brasil. A Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e as Regras Mínimas de Beijing de 1985 e uma “imensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e

juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como a Unicef, foi essencial para que o legislador constituinte se tornasse sensível” e implementasse a Doutrina da Proteção Integral a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (AMIN, 2018, p. 55).

Ressalta-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º², garante a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, assim como garante a possibilidade de existirem normas garantidoras de direitos equiparados aos constitucionais, como princípios ou tratados internacionais.

A respeito das garantias fundamentais, Rossetto e Veronese esclarecem que esta correspondência existente entre os direitos previstos pela Constituição e as garantias que são asseguradas por eles são de alto nível. Nesse ponto, explicam que “se a garantia afeta a norma, quer contra, diante ou através dela, referida compreensão também afeta os direitos fundamentais, notadamente em seu grau de efetividade.” (2017, p. 84).

Portanto, a implementação da Doutrina da Proteção Integral com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma a considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos com prioridade absoluta, conforme prevê o artigo 227³ da Constituição, garantiu direitos fundamentais também às crianças e adolescentes brasileiros.

Salienta-se que, com o artigo 227, fica instituído além do princípio da tríplex responsabilidade compartilhada (família,

² § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

² Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

³Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988).

sociedade e Estado), e do princípio da prioridade absoluta, o melhor interesse da criança, que é o fundamento básico de todas as ações direcionadas à população infantoadolescente. Isso porque, deve-se levar em consideração o que é mais apropriado para garantir suas necessidades e seus interesses, visando sua proteção integral (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 141).

A Doutrina da Proteção Integral inaugurou uma nova percepção sobre a relação existente entre o campo do Direto e as crianças e adolescentes, pois surgiu como um novo paradigma, quebrando antigos conceitos e instituindo um marco teórico na história dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A quebra de paradigma ocorre quando crianças e adolescentes, que eram mais tratados como objetos do que pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, passam a ser considerados pessoas humanas detentoras de direitos fundamentais constitucionais, inclusive quando cometem algum ato infracional (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 136 e 143).

Sobre a Doutrina da Proteção Integral e a “nova” forma de perceber as crianças e adolescentes perante o ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988, Sanches e Veronese esclarecem:

Deste modo, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como titulares de direitos plenos e específicos, que vão além dos direitos fundamentais outorgados a todos os outros cidadãos, em razão de sua vulnerabilidade e da ‘condição peculiar de desenvolvimento’, que devem ser efetivados com absoluta prioridade, consoante dispõe o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (2017, p. 138).

Além de instituir a Doutrina da Proteção Integral, o artigo 227 assegurou, de forma expressa, a convivência familiar como um dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Esta garantia constitucional também está presente na legislação por

meio do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990)⁴.

Logo, a Constituição de 1988 também foi importante para a proteção à família, pois todos os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, de forma a respeitar suas individualidades, graças ao artigo 226 da Constituição⁵.

O conceito de família foi ampliado e, possibilitada a hipótese de uma família surgir na informalidade, sendo possível, inclusive, reconhecê-la na uniparentalidade e no afeto (MACIEL, 2018, p. 145). Dessa forma, a família pode ser composta por um casal heterossexual, um casal homossexual, de forma monoparental ou até substituta (artigos 28 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A intenção do legislador brasileiro em positivar o direito à convivência familiar e comunitária como um direito fundamental das crianças e dos adolescentes, é de valorizar a importância do papel da família no crescimento das crianças e dos adolescentes até suas vidas adultas (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 143).

Com relação a importância da convivência familiar:

A convivência comunitária é fundamental na estruturação da personalidade da criança e dos adolescentes e da nossa contínua elaboração de conceitos e valores, pois é na convivência com o

⁴ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

outro diferente de nós, de nossas concepções, que aprendemos, na prática, as primeiras lições de tolerância. É na convivência com o outro que iniciamos as primeiras noções de civilidade, das quais extraímos modelos, aprendemos e exercitamos os princípios da coerência, do companheirismo, da solidariedade, noções estas que serão imprescindíveis em nossa formação (e reformulação) enquanto cidadãos, isto é, enquanto sujeitos comprometidos com a polis, com a sua comunidade. Ao negarmos, portanto, à criança o direito a essa convivência, estaremos comprometendo não só a sua cidadania futura, mas a que já é lhe apresentada, por estarmos limitando o desenvolvimento pleno de sua personalidade (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 144).

O direito à convivência familiar é “o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à família extensa”. Esse direito corresponde a uma melhoria do artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 que previa o direito da criança não ser separada de seus pais contra a sua vontade. Este direito é garantido a partir de dois princípios básicos: o da proteção integral e o da prioridade absoluta. Isso porque a entidade familiar também possui proteção constitucional (ISHIDA, 2018, p. 81).

Esse direito, compreende Sílvio Rodrigues, somente seria exigível perante os pais (naturais ou adotivos), pois o exercício dele, pelo menor abandonado, dependerá sempre da vontade de terceiro em exercer o poder familiar (2018, p. 229-230).

Maria do Rosário Leite Cintra, por outro lado, compreende a necessidade de cooperação do Estado e da sociedade para a efetivação deste direito, principalmente da gestão pública em garantir recursos para que as entidades familiares possam ter condições de “alimentar, proteger e educar o ser em desenvolvimento” (2018, p. 231-233).

O que também é garantido pelo artigo 23 do Estatuto ao afirmar que “a falta ou a carência de recursos materiais não

constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” (BRASIL, 1990).

A tríplex responsabilidade compartilhada (da família, da sociedade e do Estado), instituída pelo artigo 227 da Constituição, consiste num dever moral e compreende a necessidade de solidariedade em prol das crianças e dos adolescentes diante de sua vulnerabilidade e dependência (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 137).

A família acaba sendo a instituição com mais responsabilidades, porque está em contato direto com a criança ou adolescente, sendo a primeira a atendê-lo. Mas cabe igualmente à sociedade e ao Estado assumirem seus papéis para garantir a proteção integral das crianças e adolescentes deste país, cabendo, ainda, ao Poder Público a implementação de políticas sociais que promovam o alcance e gozo dos direitos (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 138).

A família é necessária para garantir o básico da vida às crianças e adolescentes, como uma alimentação diária e saúde constante (CINTRA, 2018, p. 230-231). A respeito do papel da família na vida e no desenvolvimento das crianças e adolescentes:

Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz (CINTRA, 2018, p.231).

O legislador, ao declarar, no artigo 226 da Constituição, a família como base da sociedade, e lhe imputar, pelo artigo 227, a responsabilidade de assegurar às crianças e adolescentes seus direitos fundamentais, teve a intenção de ressaltar a importância

da vida em família e valorizar a convivência parental e fraterna (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 143).

E a família é o âmbito ideal e privilegiado para garantir o crescimento e a socialização das crianças e adolescentes, pois lhes possibilita desenvolvimento afetivo e dá condições de aprender a se relacionar uns aos outros, e com a comunidade em seu redor (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 146).

Compreendida a importância da família e do direito à convivência familiar e comunitária, passa-se para o estudo referente ao instituto da adoção.

2 O instituto da adoção no Brasil

Para podermos analisar a garantia do direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes que se encontram em lista de espera para adoção, primeiro faz-se necessário compreender este instituto e sua evolução histórica no país.

A adoção não é uma ideia moderna, teve sua origem nas eras mais antigas e, inicialmente, possuía um caráter religioso e místico, para preservar a adoração aos deuses do casal que não tinha filhos, e, posteriormente, de atributo patrimonial ou político, porque pretendia a transmissão da herança e a preservação da propriedade familiar. Atualmente, diz-se que a adoção possui uma finalidade social, com o intuito de acolher a criança em situação de abandono (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 166).

A primeira lei brasileira que fez referência à adoção é datada de 22 de setembro de 1828, mas foi o Código Civil de 1916 que sistematizou e implementou a instituição da adoção no país. A adoção acontecia por escritura pública e podia ser revogável, por vontade do adotando, quando este atingisse a maioridade (GRANATO, 2010, p 43-44).

Em 1957, por intermédio da lei n. 3.133, de 8 de maio, o instituto da adoção sofreu suas primeiras alterações. A lei alterou dispositivos do Código Civil com o intuito de incentivar a adoção.

Esse diploma legal reduziu a idade mínima dos adotantes para trinta anos de idade, impôs a necessidade de os casados esperarem cinco anos após o matrimônio para poderem adotar e reafirmou a diferença entre filhos legítimos e adotados, impondo que aos adotados não cabe sucessão hereditária, entre outras disposições (BRASIL, 1957).

Alguns anos depois, surgiu a lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, que estabeleceu a legitimidade adotiva e sua aplicação. Essa lei também impôs limites ao número de adoções por casal e propôs a total integração do legitimado à família do adotante, com direitos sucessórios plenos (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 166-167). Trata-se de uma integração irrevogável, mas faz-se a ressalva de que esses direitos sucessórios são limitados quando os legitimados adotivos concorrem com os filhos legítimos na sucessão hereditária (LEBOURG 2012, p. 24).

A respeito da legitimação e a diferença da adoção, Chaves esclarece:

Trata-se de instituto completamente diferente da legitimação, e, ao mesmo passo, bem distanciado da adoção, pois seus efeitos são mais profundos e duradouros.

Podemos definir a legitimação adotiva como a outorga judicial, de efeitos constitutivos e com as condições de segredo, irrevogabilidade e total desligamento da família de sangue, obedecidos os requisitos fixados em lei, a um menor até sete anos de idade, abandonado, órfão ou desamparado, do estado de filho legítimo de um casal, excepcionalmente de pessoa viúva, com ressalva dos impedimentos matrimoniais e do direito de sucessão se concorrer com filho legítimo superveniente.

Tivemos, em monografia dedicada ao assunto, oportunidade de encarecer que a adoção é a convocação de um estrangeiro, que tanto pode ser um menor, como um homem ou uma mulher, mesmo casados, para dentro de uma família, ou ao lado de uma pessoa que tenha dezesseis anos mais, sem a preocupação de apagar a lembrança e a condição de estrangeiro, ao passo que a legitimação adotiva é a integração, de uma criança,

exclusivamente, numa família, e com a preocupação primordial de fazer esquecer por completo a condição de estranho.

[...]

A adoção ainda se opera, entre nós, mediante simples escritura pública, sem a intervenção de qualquer autoridade, sem maiores exigências relativas a documentos; a legitimação adotiva requer um processo especial perante a autoridade judiciária, apresentação de uma série de provas e realização de diligências, com recurso de efeito suspensivo para o Tribunal de Justiça (1966, p. 6-7).

A importância da Lei n. 4.655/1965, é consenso entre os doutrinadores, frisando-se a evolução alcançada para o instituto da adoção no Brasil. Com o advento do Código de Menores de 1979, essa lei foi revogada e, enquanto buscava solucionar o problema dos menores abandonados, transformou o instituto da legitimação adotiva no da “adoção plena” (LEBOURG, 2012, p. 24).

O Código de Menores de 1979, instituído pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, criou um sistema dúplice de adoção, dividindo-as em adoção plena e adoção simples. A adoção plena atribuía ao adotado o *status* de filho legítimo, rompendo os vínculos com a família biológica, em caráter irrevogável, atribuindo-lhe integralmente direitos sucessórios”. Já a adoção simples, permaneceu com caráter revogável e, deferindo ao adotado apenas metade do que coubesse ao filho legítimo na sucessão hereditária (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 167).

Mas foi apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e o conseqüente paradigma da proteção integral estabelecido no país, que uma nova cultura surgiu em relação à adoção (SANCHES; VERONESE, 2017, p. 167).

O artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição estipulou que os filhos “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988). Dessa forma, prezou pelo melhor interesse da criança,

preocupando-se em abolir as discriminações entre os filhos e conceder-lhes os mesmos direitos e qualificações.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) surgiu com a necessidade de efetivar a doutrina da proteção integral. Nesse contexto, passou a conduzir os regramentos sobre adoção. O Estatuto rompeu com a ideia negocial, imposta pelo Código Civil de 1916, e concedeu um caráter de medida de proteção a este instituto. A intervenção de autoridade judiciária passou a ser regra, necessária para privilegiar os interesses do adotado (DIGIÁCOMO, 2018, p. 326).

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o Novo Código Civil, revogando a legislação de 1916 e passando a exigir intervenção de autoridade judiciária para adoção de adultos também (DIGIÁCOMO, 2018, p. 326). Assim, o Código Civil passou a regular a adoção assim como no Estatuto, sem revoga-lo, apenas alterando a idade mínima de ação para 18 (dezoito) anos.

No ano de 2006, foi promulgado um importante programa de governo para a proteção e defesa das crianças e adolescentes:

Diante do amplo reconhecimento social que o direito da criança e do adolescente alcançou, para além da previsão constitucional e do próprio Estatuto Protetivo, estruturou-se no país outro instrumento normativo de alta relevância na área. Trata-se do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que reúne informações relativas à compreensão da família e da comunidade como meios de convivência social privilegiados para a criança e o adolescente (LIMA; SOUZA; LINO, 2018, p. 29).

Foi apenas com a promulgação da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que revogou os dispositivos do Código Civil de 2002, que a adoção passou a ser regulada apenas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo-se apenas a adoção de adultos na lei civil. Essa alteração legislativa foi muito bem recebida pela doutrina, pois compreendeu que, dessa forma, minimizam-se os erros de interpretação e distorção na aplicação da lei e prioriza-se a

necessidade de aplicar os princípios do direito da criança e do adolescente no processo de adoção (DIGIÁCOMO, 2018, p. 326-327).

A legislação mais recente sobre a adoção foi a Lei n. 13.509, publicada em 22 de novembro de 2017, que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente com o intuito de agilizar o procedimento judicial da adoção, dando prioridade para os interesses de um conjunto de pessoas em detrimento do melhor interessa da criança ou adolescente (LIMA; SOUZA; LINO, 2018, p. 36).

O instituto da adoção, assim como o direito da criança e do adolescente, sofreu transformações ao longo dos anos. Hoje, o que a doutrina chama de finalidade moderna da adoção consiste em “oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança, que, por algum motivo, ficou privada da sua família biológica” (GRANATO, 2010, p. 29).

E, apesar de a adoção ter sido criada com um caráter contratual e privado, pela concepção civilista do Código Civil de 1916, que a instituiu como “ato jurídico solene aperfeiçoado pela vontade das partes”; hoje, graças à Doutrina da Proteção Integral, a adoção possui natureza de instituto de ordem pública, com concepção publicista, visando o “interesse de toda sociedade na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes” (SANCHES; VERONESE. 2017, p. 168).

Assim, os artigos 227, §6º, da Constituição de 1988 e 1.596 do Código Civil⁶, esclarecem que a adoção é uma forma de constituição familiar pautada no afeto, também denominada de família socioafetiva. Um tipo de família substituta que complementa o vínculo de parentesco biológico de forma irrevogável, e a única que transmite todas as particularidades, e peculiaridades, do poder familiar (MACIEL, 2018, p. 151).

Sobre os diferentes conceitos a respeito da adoção, tem-se que:

⁶Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2002)

Todos os conceitos, porém, por mais diversos, confluem para um ponto comum: a criação de vínculo jurídico de filiação. Ninguém discorda, portanto, de que a adoção confere a alguém o estado de filho. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois desvinculado do laço de consanguinidade, sendo parentesco constituído pela lei, que cria uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação (BORDALLO, 2018, p. 360).

Compreendida a adoção como um instituto jurídico público, que cria relações familiares com base no afeto, transmitindo o poder familiar e concedendo direitos sucessórios plenos aos adotados, esclarece-se que os efeitos decorrentes deste ato perpetuam para toda a família, não só para o adotante e adotado, “pois todos os membros da família do adotante passam a ser parentes do adotado” (BORDALLO, 2018, p. 410).

O primeiro efeito pessoal, e mais importante, é atribuir ao adotado a condição de filho do adotante, com mesmos direitos e deveres de qualquer outro. Esse efeito é uma clara aplicação dos princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana. E porque cria-se um vínculo jurídico de filiação com a família substituta (família do adotante), os laços familiares são rompidos com os parentes naturais do adotado, de forma que o filho adotivo é inserido sem qualquer distinção à família substituta (BORDALLO, 2018 p.410-411).

O rompimento de vínculos com a família biológica é total, mantendo-se a ideia de substituição familiar que existe desde a origem desse instituto, de forma que não resta nenhum relacionamento jurídico entre as partes (BORDALLO, 2018, p. 411).

Dessa forma, compreende-se a adoção como um instituto jurídico que possibilita a criação de relações familiares que se desenvolvem pelo afeto, já que, em regra, não há laços consanguíneos envolvidos.

A adoção é a melhor forma de garantir o direito fundamental à convivência familiar e comunitárias às crianças e adolescentes

que foram abandonadas por suas famílias, seja este abandono por negligência ou consentimento.

3 A realidade das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção

A adoção é uma modalidade de colocação em família substituta prevista em nosso ordenamento jurídico, junto com a guarda e a tutela, mas que necessita da extinção do poder familiar para ser perfectibilizada.

A extinção pode ocorrer pelo consentimento dos pais, como prevê o artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, ou decorrente de um processo de destituição do poder familiar, que ocorre quando presentes as hipóteses previstas nos artigos 1.638 do Código Civil⁸ e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹.

⁷Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. § 1º Na hipótese de concordância dos pais, o juiz: I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; e II - declarará a extinção do poder familiar. § 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida. § 3º São garantidos a livre manifestação de vontade dos detentores do poder familiar e o direito ao sigilo das informações. § 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 1º deste artigo. § 5º O consentimento é retratável até a data da realização da audiência especificada no § 1º deste artigo, e os pais podem exercer o arrependimento no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar. § 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança. § 7º A família natural e a família substituta receberão a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

⁸Art. 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. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição

Para preservar as crianças e adolescentes que se encontram numa situação jurídica incerta (nos casos de suspensão ou perda do poder familiar), e evitar o acolhimento institucional, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, instituído pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em dezembro de 2006, criou o Programa de Famílias Acolhedoras:

O Programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar (BRASIL, 2006, p. 42).

A família acolhedora é uma forma de guarda subsidiada que, como a família substituta (artigo 28 e seguintes do Estatuto), não se confunde com a família “original” ou extensa. Estas opções funcionam como uma tentativa de romper com a cultura da institucionalização, muito presente no Brasil desde os Códigos Menoristas, mas que não atinge, por inteiro, a função de garantir o direito à convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes, porque não pretendem ser a nova família da criança ou dos adolescentes, mas tão somente dar-lhes afeto, carinho, atenção e cuidados que não são possíveis num âmbito de uma instituição.

de mulher;b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

⁹ Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, 1990).

Sobre os programas de acolhimento familiar, discorrem Lima, Souza e Lino:

Neste contexto, percebem-se os serviços de convivência familiar como menos danosos e mais garantistas à criança e ao adolescente do que os de natureza institucional. Nota-se que sua proposta está mais alinhada ao princípio da proteção integral, do interesse superior da criança, da prioridade absoluta da criança e do adolescente entre outros princípios e garantias fundamentais. Possibilitar à criança e ao adolescente a convivência diária e cotidiana no meio familiar equivale a permitir que eles possuam uma referência social de maior reconhecimento na sociedade, significa vinculá-los a uma instituição socialmente prestigiada, tida como natural e autêntica, diferentemente do abrigo, a que se atribui o sentido histórico de abandono e inferioridade. Além disso, entende-se que a família está mais próxima da comunidade do que o abrigo. A família é a própria comunidade ou uma de suas células vitais. A instituição de acolhimento tem natureza jurídica e organizacional e quem a ela está integrado carrega o rótulo de não possuir uma família. Acredita-se que, no inconsciente coletivo, o serviço de acolhimento institucional permanece atrelado à ideia de orfanato, do lugar onde vivem os órfãos, enjeitados, problemáticos e perigosos. Desconstruir essas concepções e dissociá-las da criança e do adolescente acolhidos talvez seja um desafio distante de ser superado ou mesmo enfrentado pelo Estado e pela sociedade atuais. Na mesma lógica, estão instituídos os programas e serviços de apadrinhamento afetivo (2018, p. 79).

Os programas de acolhimento familiar têm sido criticados por sua baixa efetividade em evitar o acolhimento institucional, mostrando-se como alternativas falhas, pela “baixa qualificação, preconceito e falta de acompanhamento desses programas”. A provisoriidade do programa também é criticada, reforçando-se a necessidade de políticas públicas de apoio e incentivo (SIQUEIRA NETO, 2018, p. 315).

Sobre a necessidade de implementação e aperfeiçoamento dos programas de acolhimento familiar, Siqueira Neto discorre:

Nesse contexto, ainda que a colocação em programas de família acolhedora seja considerada a primeira opção para os casos de crianças e adolescentes afastados de suas famílias de origem, é preciso que o incentivo seja em políticas públicas de fortalecimento das famílias originais, para a superação de suas necessidades e aquisição de competências, ou mesmo para a colocação definitiva em família substituta. Sem tais iniciativas, exigíveis do poder público, não serão os programas de acolhimento familiar, nem qualquer outro, que darão conta da situação, nem substituirão a trágica perpetuidade dos antigos abrigos (2018, p. 317).

No entanto, frisa-se que o serviço de acolhimento familiar não pretende alcançar por completo o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes, sendo uma forma de lhes proteger e resguardar apenas de forma temporária. Além disso, é de conhecimento geral que os abrigos ainda são muito utilizados, porque não são todas as crianças que participam.

Além do programa de acolhimento familiar existe, hoje, um programa de apadrinhamento afetivo, instituído pela Lei n. 13.509, de 2017, que busca minimizar os danos da institucionalização, proporcionando vínculos externos à criança ou adolescente, com intuito de colaborar com seu desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro, de acordo com o artigo 19-B do Estatuto¹⁰.

¹⁰ Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento. § 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. § 2º (VETADO). § 3º Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento. § 4º O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. § 5º Os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil. § 6º Se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1990).

A consulta ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA) revela que, atualmente, 5.072 crianças e/ou adolescentes encontram-se disponíveis para adoção no Brasil. Dessas, 1.503 são de raça branca, 977 de raça negra, 15 de raça amarela, 2.556 de raça parda e 21 indígenas (BRASIL, 2018).

Das crianças e adolescentes disponíveis para adoção no país, 1.755 possuem problemas de saúde e 3.169 possuem irmãos, sendo que 150 crianças possuem irmãos gêmeos. Do total de crianças e adolescentes, 2.279 são do sexo feminino e 2.793 do masculino (BRASIL, 2018).

Por fim, a faixa etária das crianças e adolescentes disponíveis para adoção no Brasil divide-se da seguinte forma: a) 27 crianças com 1 ano; b) 47 crianças com 2 anos; c) 50 crianças com 3 anos; d) 78 crianças com 4 anos; e) 68 crianças com 5 anos; f) 111 crianças com 6 anos; g) 132 crianças com 7 anos; h) 157 crianças com 8 anos; i) 205 crianças com 9 anos; j) 254 crianças com 10 anos; k) 338 crianças com 11 anos; l) 442 adolescentes com 12 anos; m) 532 adolescentes com 13 anos; n) 628 adolescentes com 14 anos; o) 669 adolescentes com 15 anos; p) 680 adolescentes com 16 anos e; q) 632 adolescentes com 17 anos (BRASIL, 2018).

Em Santa Catarina os números não são muito diferentes. A pesquisa realizada perante o Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo de Santa Catarina (CUIDA-SC), em maio deste ano, indicou o total de 3.143 pretendentes à adoção, dos quais, 80% aceitam somente crianças de até 3 anos de idade, de preferência do sexo feminino e sem irmãos.

O mesmo cadastro demonstra, no entanto, que existem 359 crianças e/ou adolescentes esperando para serem adotados no Estado de Santa Catarina, junto com a ressalva de que esse número representa crianças acima dos 8 anos de idade, grupos de irmãos e/ou que possuem problemas de saúde e, por isso, não tendem a ser adotadas (SANTA CATARINA, 2018).

Ao compararmos o número de pretendentes e suas preferências em detrimento das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, existe uma forte incongruência.

Percebe-se que a intenção dos adotantes é, sim, suprir uma vontade pessoal de ter filhos e gerar descendentes, muito diferente da ideia social do instituto da adoção que tanto se preza e defende, optando por crianças de um biotipo e excluindo aquelas com problemas de saúde, irmãos, ou com desenvolvimento mais avançado (superior aos 3 anos de idade).

E a ideia de que crianças mais jovens são preferidas no cadastro de adoção não só é verificada pelas preferências nos cadastros de adotantes, como reflete uma realidade brasileira:

De todo modo, chama-se atenção novamente para o fato de que, sendo a adoção a medida judicial definida pela autoridade judiciária, quanto mais jovem for a criança, mais rápida será sua passagem pelo serviço de acolhimento; quanto mais velha, maior será o tempo de institucionalização. Esta realidade ocorre e se reproduz por uma série de fatores, estando entre os mais pertinentes ao tema deste estudo o desinteresse na adoção de crianças maiores e adolescentes, os quais, mesmo após serem destituídos do poder familiar, têm poucas chances de serem adotados. Inevitavelmente, essas crianças e adolescentes permanecerão por tempo indeterminado em meio a um futuro de incertezas (LIMA; SOUZA; NETO, 2018, p. 40).

Portanto, como garantir o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção? Seria o programa de famílias acolhedoras, mesmo que temporário, a melhor solução? Ou o apadrinhamento afetivo é suficiente para garantir-lhes o direito à convivência familiar e comunitária?

Esta autora compreende que não. Ainda que a família acolhedora, ou o programa de apadrinhamento afetivo, possibilitem às crianças e adolescentes criar laços afetivos, desenvolver amor e carinho num momento tão delicado de suas

vidas, não há como comparar com a sensação de ser incluído em sua própria família:

[...] a convivência em família é, sem dúvida, um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção (MACIEL, 2018, p. 158).

E, dentro de um ordenamento jurídico que possui o direito à convivência familiar e comunitária positivado em sua Constituição, faz-se necessário o empenho da família, da sociedade e também do Estado na efetivação e preservação dos vínculos familiares (SANCHES; VERONESE, 2017, p.146).

Reconhece-se o esforço possibilitado pelos programas de apadrinhamento afetivo e de acolhimento familiar mas, compreende-se que somente com políticas públicas de incentivo e desconstrução de padrões sociais é que será possível imaginar uma realidade em que não existam crianças aguardando para serem adotadas.

Considerações finais

A partir do presente artigo pretendeu-se estudar o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes que estão em lista de espera para adoção.

Com este estudo, percebeu-se que o direito fundamental à convivência familiar é necessário para um crescimento sadio e completo das crianças e adolescentes e que a adoção é a melhor forma de garanti-lo.

A adoção é um instituto jurídico completo que possibilita o crescimento de relações familiares pelo afeto, mas não são todas as crianças e os adolescentes do país que possuem essa possibilidade de formar uma família.

A única forma de garantir por completo o direito à convivência familiar e comunitária às crianças e aos adolescentes

em lista de espera para adoção, é perfectibilizando o processo da adoção, o qual, depende das pretensões dos adotantes inscritos no Cadastro Nacional de Adoção.

Atualmente, a maioria dos adotantes prefere crianças com poucos anos de idade, sem irmãos e sem problemas de saúde e somente com políticas públicas inclusivas, que desmistifiquem o preconceito existente nesses padrões e preferências, defende-se a possibilidade de um futuro sem crianças à espera de uma família para chamar de sua.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 1. p. 49-59.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 10. p. 351-433.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências..**Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20. set. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil..**Lei N. 3.133, de 8 de Maio de 1957**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. CONANDA. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Fa**. Brasília, dez. 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. CNJ. **CNA - Cadastro Nacional de Adoção**: Relatórios estatísticos. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Salvador: Malheiros, 2018. p. 230-233.

CHAVES, Antônio. A Legitimação Adotiva, Forma Mais Avançada de Integração de Crianças Abandonadas ou Expostas, em Lares Substitutos: Diferenças, Inconvenientes e Vantagens com Referência à Adoção. In: **Aula Inaugural**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66528/69138>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo. Art. 39. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Salvador: Malheiros, 2018. p. 326-331.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção, doutrina e prática: com comentários à nova lei da adoção (Lei 12.010/09)**. Curitiba: Juruá Editora, 2. ed. rev. e ampl., 2010.

ISHIDA, VálterKenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 19. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. 928 p.

LEBOURG, Patrícia Araújo. **Aspectos Históricos do Instituto da Adoção e Atual Possibilidade da Adoção Homoafetiva**. 2012. 42 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos - Unipac, Barbacena, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-oe92020df5e06317e8a99ef3458327e6.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

LIMA, Fernanda da Silva; SOUZA, Ismael Francisco de; LINO, Pâmela Guimarães. **Infância, discriminação e adoção**: o direito à convivência familiar e comunitária às avessas no Brasil. Santa Cruz do Sul: EssereNel Mondo, 2018. 95 p. Disponível em: <<http://www.essenelmondo.com/pt/direito-infancia-discriminacao-e-adoacao-o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria-as-avessas-no-brasil-ebook141.php>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Cap. 5. p. 144-165.
- RODRIGUES, Sílvio. Art. 19. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 229-230.
- ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry et al (Org.). **Direito da criança e do adolescente**: Novo curso - novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Cap. 3. p. 67-104.
- SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry et al (Org.). **Direito da criança e do adolescente**: Novo curso - novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Cap. 5. p. 131-183.
- SANTA CATARINA. CGJ/CEJA - Comissão Estadual Judiciária de Adoção. **Dados do Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo de Santa Catarina (CUIDA) referente ao mês de maio de 2018**. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <ceja@tjsc.jus.br>. em: 14 maio 2018.
- SIQUEIRA NETO, Lélío Ferraz de. Art. 34. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Salvador: Malheiros, 2018. p. 310-317.
- VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas**: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 359 p.

A erotização da infância e as insuficiências da proteção integral em face da publicidade online

Bárbara Eleonora Taschetto Bolzan¹

Rosane Leal da Silva²

Introdução

Desde que a sociedade se firmou como “sociedade de consumo”, onde adquirir objetos passou a ser sinônimo de status social, o papel da publicidade fortaleceu-se, vindo a ser o setor responsável por movimentar significativas somas. Mais do que vender produtos, diz-se que a publicidade cria necessidades, incitando nas pessoas desejos de consumo para além do que efetivamente carecem.

Neste panorama de consumismo exacerbado, todos os públicos foram visados, não escapando nem mesmo os ainda promissores e potenciais, como as crianças, que são cada vez mais impulsionadas a adquirir produtos que, além de desnecessários, são também inapropriados para sua faixa etária.

Em virtude disso, publicitários valem-se cada vez mais de técnicas de persuasão para vender produtos a este público, mesmo que este não seja, nos termos da lei civil, capaz de realizar negócios

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Observatório Permanente de Discursos de Ódio na Internet, vinculado ao Núcleo de Direito Informacional. E-mail para contato: barbaratbolzan@hotmail.com.

² Doutora em Direito pela UFSC. Professora Associada do Curso de Direito da UFSM (graduação e Mestrado) e da Universidade Franciscana. Coordena o Núcleo de Direito Informacional. E-mail para contato: rolealdasilva@gmail.com

jurídicos. Muito embora a veiculação de publicidades voltadas ao público infantil seja visível, do ponto de vista de sua existência, no que se refere ao seu objetivo capitalista, nem sempre são percebidas como tal, vistas, pelos olhos das crianças, como uma continuidade de seus desenhos infantis, sem se darem conta de que naquele momento se pretende vender algo.

Outro problema resultante da veiculação da publicidade ao público infantil são os valores transmitidos por estas mensagens. Estímulos a consumo de produtos desnecessários, de alto teor calórico e baixo valor nutricional são recorrentes, propiciando um ambiente de desenvolvimento pouco saudável às crianças. Percebe-se também um aumento na veiculação de produtos impróprios para as crianças, como maquiagem, sapatos, bolsas e roupas “adultizadas”, que acabam por estimular as crianças a se portarem como adultos.

Tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988 estabelecido que a proteção destes sujeitos deve se dar de forma conjunta, pelos pais, sociedade e Estado, organizações da sociedade civil foram criadas com este intuito, como o Instituto Alana, que desenvolve projetos visando a efetivação dos direitos destes sujeitos.

Em razão dos reflexos da massiva publicidade que estimula a erotização precoce, cuja repercussão no desenvolvimento infantil abrange diversos aspectos, deriva a necessidade de analisar se o supracitado instituto tem sido atuante naquilo que se propõe, contribuindo, de forma prática, para a redução ou eliminação de publicidades erotizadoras veiculadas às crianças.

É sobre esta problemática que versa o presente trabalho, o qual foi elaborado utilizando-se do método de abordagem dedutivo, uma vez que a pesquisa partiu de uma abordagem geral acerca da doutrina e dos conceitos que estão envolvidos no tema da publicidade infantil, culminando na análise da atuação frente às publicidades de uma organização da sociedade civil específica, qual seja, o Instituto Alana. No que tange ao método de procedimento,

foi utilizado o monográfico, uma vez que foi feito um estudo de caso onde houve a atuação do Instituto Alana, a fim de averiguar como se deu essa atuação e se a mesma foi eficaz no combate a publicidade que promove a erotização precoce.

O trabalho, desta forma, estruturou-se em três partes, a saber: inicialmente, discorre-se acerca da Doutrina da Proteção Integral, dos conceitos de publicidade abusiva e acerca da definição e características do consumidor hipervulnerável. Após, trata-se da erotização precoce, apontando suas particularidades e possíveis reflexos no desenvolvimento da criança. Por fim, em um terceiro momento, apresenta-se o Instituto Alana e passa-se a análise de casos onde houve algum tipo de intervenção relacionado a publicidades erotizadoras, e qual foi o seu resultado prático.

1 Doutrina da proteção integral, publicidade abusiva e consumidor hipervulnerável: delineamentos conceituais.

A trajetória percorrida pela busca e instituição legal de direitos da criança e do adolescente se deu, como é sabido, após uma longa evolução histórica e jurídica. Partindo de um panorama no qual as crianças eram vistas como propriedade, ora dos pais, ora do Estado, e sujeitas a total indiferença, sem respeito a sua identificação como *criança*, aos poucos a sociedade global passou a identificar nelas seu próprio futuro, e dar-lhe a devida atenção.

O primeiro documento que trouxe norma protetiva da criança, ainda que de forma não exclusiva, foi a Declaração de Genebra, em 1924, que reconheceu, unicamente, que esta precisava de um tratamento diferenciado. No Brasil, foi em 1927 que surgiu o primeiro Código de Menores. Foi a primeira legislação de proteção à criança e adolescente, ainda que discriminatória³ e sem

³ Para Bandera (2013), o Código de Menores era discriminatório porque, ao identificar previamente quem eram as crianças abandonadas e as delinquentes (objeto do referido diploma), o fazia com base em critérios discriminatórios, tais como a cor da pele, a situação socioeconômica, o local frequentado, a escolaridade, etc.

compromisso com os direitos fundamentais destes sujeitos (MOMBERGER, 2002, p. 37-38).

Em âmbito internacional, no ano de 1959 surgiu a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Este documento é de suma importância, uma vez que reconheceu diversos direitos da criança, e firmou o compromisso de esforço comum da comunidade mundial em benefício desta, a fim de reparar séculos de indiferença (MOMBERGER, 2002, p. 38). Contudo, importante pontuar que tal documento não continha previsões de meios coercitivos para aplicação por parte dos Estados signatários, o que comprometeu a efetividade dos direitos ali previstos.

Em 1969, em nível internacional, surge o pacto de São José da Costa Rica, que embora não tenha versado especificadamente sobre a infância, teve suma importância na construção do atual paradigma da Proteção Integral, pois trouxe o princípio da corresponsabilidade entre Estado, Sociedade e família. Já no ano de 1985, importante documento protecionista foi criado: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). Este documento foi de vital importância, uma vez que refletiu no próprio entendimento adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988 (MOMBERGER, 2002, p. 38).

Neste mesmo momento foi aprovada a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança, de 1989, outro documento de grande importância, cujos termos refletiram na adoção, no texto constitucional, da teoria da Proteção Integral, consubstanciado no artigo 227 da Carta Constitucional⁴.

Tamanha importância tem este artigo, uma vez que nele “são estabelecidos os direitos sociais e regras de dever de cada

⁴ O artigo 227 da Carta Constitucional (BRASIL, 1988) estatuiu que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

entidade na proteção à criança e ao adolescente, dando ênfase, que devem ser observados como prioritários” (MOMBERGER, 2002, p.39).

Na mesma linha o entendimento de Machado (2003, p. 108-109), ao afirmar que “por se acharem na *peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento* – crianças e adolescentes encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade” [grifo da autora], o que leva a necessidade de um “regime especial de salvaguardas”, a fim de que estas desenvolvam suas “potencialidades humanas em plenitude.”

Segundo Henriques (2008, p. 119), a previsão de proteção da criança no ordenamento se faz vital, pois revela sua importância, sendo passo fundamental a caminho da garantia de uma infância feliz e saudável,

[...] mas a constatação de que a preservação da infância de forma plena depende de um contexto sociocultural, e o fato de as crianças serem diferentes dos adultos geram a indeclinável responsabilidade da família, da sociedade e do Estado quanto ao seu crescimento e desenvolvimento da melhor forma possível.

No mesmo sentido dispõe Momberger (2002, p. 39-40) quando analisa a ordem dos atores sociais encarregados da promoção da proteção integral, sustentando que ao referir a família, a sociedade e o Estado o artigo 227 da Carta Política pretendeu ampliar responsabilidades ao prever ação conjunta.

Ao adotar esse paradigma operava-se importante viragem normativa no tratamento do tema, o que foi complementado, no ano de 1990, com o advento da Lei n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a), legislação que se notabiliza pelo reconhecimento de direitos fundamentais aos infante-adolescentes.

Por certo que este reconhecimento impõe, também, a tutela preventiva referente ao contato prematuro com conteúdos inadequados, o que se reflete também na proteção frente às

publicidades abusivas. Esta previsão comporta verdadeiro diálogo de fontes, especialmente considerando o que dispõe a Lei 8.078 de 1990 quanto à publicidade que, nas palavras de Momberger (2003, p. 22), constituem “[...] toda informação, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio comunicação visando promover produtos ou serviços, cujo objetivo final é estimular o consumidor a adquirir os produtos ou serviços através de técnicas de persuasão da publicidade”.

Como sustenta Erenberg (2003, p. 20), “por meio da publicidade, busca-se estabelecer uma relação de dependência psicológica entre o consumidor [...] e determinado produto, serviço ou marca, que resulte, em última análise, na compulsão para o consumo”. No mesmo sentido segue Dias (2013, p. 21), para quem “[...] do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o consumo”.

Devido ao apelo mercadológico que a legislação consumerista estabeleceu alguns princípios norteadores do tema, destacando-se, para os fins deste estudo, a) Princípio da identificação da mensagem publicitária; b) princípio da não abusividade e; c) Princípio da boa-fé objetiva (BRASIL, 1990b).

O princípio da Identificação da Mensagem Publicitária é fundamental na análise das publicidades dirigidas às crianças e adolescentes. Expresso no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, determina que a publicidade deve veiculada de maneira que possa facilmente ser reconhecida como tal, sendo possível ao consumidor, sem grandes esforços, perceber o objetivo de comercialização de algum produto ou serviço (BRASIL, 1990b). Esta mesma ideia também está contemplada no Código de Autorregulamentação Publicitária, no artigo 28, segundo o qual o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação. Percebe-se, pois, que o referido princípio “tem como *ratio* nuclear evitar que o consumidor seja

exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que deles possa se defender” (DIAS, 2013, p. 65).

Para Henriques (2008, p. 59), o princípio da identificação da mensagem publicitária “visa proteger o consumidor assegurando-lhe o direito de saber clara e imediatamente que a mensagem transmitida tem caráter publicitário.” Para a autora, a base desse princípio é o princípio da Boa-Fé, que prima pela observância da igualdade real entre consumidor e fornecedor. Dias complementa essa ideia ao sustentar que o princípio decorre do dever de transparência e lealdade nas relações de consumo, “já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro quanto à natureza da mensagem” (DIAS, 2013, p. 65).

Veda-se, portanto, publicidades ocultas, subliminares, clandestinas. Toda forma de publicidade que se valha de técnicas que possam provocar no consumidor percepções sensoriais sem que ele tenha consciência, ou que ocultem sua intenção comercial não devem ser admitidas.

A publicidade também não pode incorrer em abusividades e para tanto, o que é expressamente vedado pelo artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor. Conforme o dispositivo legal é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990b).

A importância desse princípio levou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente a editar a Resolução n. 163, de 2014, cujo artigo 2º dispõe que

Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de

qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Esta resolução se reveste de especial interesse por emanar de um órgão competente e legítimo para elaborar normas gerais da política Nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Seu conteúdo é vinculativo, sob pena de as comunicações mercadológicas que a desrespeitarem incorrerem em ilegalidade.

Apesar da força normativa e vinculante⁵ desta resolução, percebe-se, no cotidiano, grande número de publicidades direcionadas ao público infantil, em total descumprimento ao disposto na citada Resolução.

Por esta razão, o princípio da vedação de publicidades abusivas é de suma importância para a análise das publicidades dirigidas às crianças, pois como alerta Marques (2002, p. 681) “fazer veicular uma publicidade caracterizada como abusiva constitui um ilícito civil e o responsável civilmente é aquele fornecedor que se ‘utiliza’ da publicidade abusiva”.

⁵ Neste sentido, colaciona-se esclarecimento referente à força vinculante desta importante resolução: “Como qualquer outra Resolução do Conanda, a Resolução n. 163 possui força normativa e vinculante. Assim, seu cumprimento integral é obrigatório. Por ser um ato normativo primário previsto no art. 59 da Constituição Federal, as Resoluções do Conanda possuem poder vinculante e devem ser seguidas e consideradas por todos os agentes sociais e estatais” (ALANA, 2014a).

Também merece destaque o princípio basilar das relações consumeristas, o da Boa-fé objetiva, que se encontra fortemente ligada à igualdade, pois busca restabelecer o equilíbrio da relação de consumo, tendo previsão no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, bem como nos artigos 30 e 36. Para Henriques (2003, p. 57), “por boa-fé pode-se entender uma regra de conduta a ser, obrigatoriamente, verificada no modo de agir dos participantes da relação de consumo de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade aceitos pela sociedade”.

Para Novais (2000, p. 22), “a exigência da boa-fé nas relações negociais e sua inserção como princípio orientador da teoria contratual constitui uma evolução de salutar importância no mundo jurídico”, pois por meio deste princípio desdobram-se outros deveres fundamentais, tais como o dever de cuidado, de segurança, de aviso e esclarecimento, de proteção e cuidado e dever de informação, dentre outros (NOVAIS, 2002, p. 29).

Este princípio mostra-se especialmente relevante quanto à publicidade dirigida ao público infanto-adolescente, especialmente porque é inegável o poder que as mensagens mercadológicas têm de determinar novos estilos comportamentais, o que torna crianças e adolescentes hipervulneráveis. Como sustentado por Nishiyama e Densa (2010, p. 18), alguns grupos ou pessoas, como os portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes são mercedores de proteção especial pela sua hipervulnerabilidade.

No mesmo sentido manifestam-se Abreu, Carvalho e Reis (2014, p. 95), que não hesitam em sustentar que “Alguns grupos encontram-se em situação de desigualdade, justamente por força dessa vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) e necessitam, portanto, de uma tutela específica”.

No caso específico das crianças, esta peculiaridade explica-se por questões etárias, segundo os estágios do desenvolvimento cognitivo infantil. Segundo Aquino (2015, p. 27), a criança somente ingressa no estágio operatório formal aos 12 anos de idade, quando então está apta a entender a lógica abstrata, ou seja, somente a

partir desta idade ela torna-se minimamente capaz de entender a publicidade como tal, diferenciando-a da realidade.

Portanto, absolutamente plausível afirmar que há, sim, uma vulnerabilidade aguda, ou hipervulnerabilidade, em relação às crianças, o que deve conduzir um novo olhar sobre a publicidade destinada a esse público, que deve ficar isenta de conteúdos que possam causar prejuízos ao seu normal desenvolvimento, como ocorre com a publicidade erotizante, conforme se verá a seguir.

2 Erotização precoce: noções iniciais e possíveis reflexos no desenvolvimento da criança.

A construção do conceito de infância vai se moldando de acordo com o tipo de sociedade e com o passar dos anos e, à medida em que essa fase de desenvolvimento é reconhecida como distintiva da vida adulta, determinados conteúdos passam a ser considerados inadequados para este público.

Postman (2012, p. 29) refere que por muitos anos o critério diferenciador entre crianças e adultos era o mistério, o desconhecido. Isto porque crianças não tinham conhecimento de temas e assuntos pertinentes aos adultos, não podendo ingressar neste vasto mundo sem conhecer dos seus segredos. Por tal razão o autor afirma que no mundo medieval não podia se falar em infância, uma vez que “vivendo na mesma esfera social dos adultos, desembaraçadas de instituições segregadoras, a criança da Idade Média tinha acesso a quase todas as formas de comportamento comuns à cultura” (POSTMAN, 2012, p. 29).

Neste período, falava-se abertamente e sem qualquer restrição de temas hoje considerados tabus, como sexo, órgãos sexuais e linguagens obscenas. Mais do que falar, não havia preocupação de se praticar tais atos na frente das crianças.

Esta situação também é ilustrada por Ariès (1981, p. 75), ao referir que, na Idade Média não havia a atual preocupação em não fazer alusão a assuntos sexuais perante crianças, sendo prática

absolutamente aceitável. Esta situação só começou a ser alterada em meados do século XV, com o fator considerado determinante para a definição e separação dos mundos adulto e infantil: a invenção da prensa tipográfica. Postman (2012, p. 42) refere que:

A prensa tipográfica nos deu nossos eus, como indivíduos únicos, para pensar e falar deles. E este senso exacerbado do eu foi a semente que levou por fim ao florescimento da infância. Claro que a infância não surgiu da noite para o dia. Precisou de quase duzentos anos para se transformar num aspecto aparentemente irreversível da civilização ocidental. Mas isso não podia ter acontecido sem a ideia de que cada indivíduo é importante em si mesmo, que a vida e a mente humanas transcendem a comunidade em algum sentido fundamental.

Desta forma, surgiu a noção de que cada ser, em sua individualidade, tem valor, tem significado para o mundo, inclusive as crianças, resultando numa maior preocupação e comoção com questões próprias desta faixa etária, como a mortalidade infantil, por exemplo.

Neste panorama, definiram-se categoricamente os universos adulto e infantil a partir do conhecimento, propiciado pela invenção da prensa tipográfica. De um lado, o homem letrado, símbolo de uma nova era adulta, e do outro, as crianças, que, ainda não letradas, precisam, para tornarem-se adultas, aprender a ler.

Neste cenário de profundas mudanças, a criança, antes vista como adulto em miniatura passava, lentamente, a ser objeto de interesse. Inicialmente pelo vestuário e características físicas. Após, pelas fases de desenvolvimento próprias, até hoje aprimoradas. Por fim, vieram à tona os assuntos proibidos, os tabus que não deveriam ser expostos às crianças, reafirmando a separação entre as definições de idade adulta e infância.

A infância como conceito e fase fundamental de crescimento e aprendizado como hoje é conhecida desenvolveu-se por longos anos, até culminar na concepção que, pelo menos em tese, seria ideal. Diz-se ideal porque, atualmente, vive-se, segundo alguns

autores⁶, um momento chamado de desconstrução, ou desaparecimento da infância. Para outros, trata-se de uma nova era na infância.

Das características próprias do sentimento da infância, conforme já exposto, destaca-se a ignorância ou o desconhecimento de determinados temas, principalmente por não expô-las a tais situações. Tal configuração hoje se mostra insustentável. O advento da mídia trouxe consigo um acesso amplo a toda gama de informações, de programas, de assuntos, o que é muito positivo. Em contrapartida, o uso de tecnologias e as interações realizadas na atual sociedade em rede também propiciam acesso irrestrito a conteúdos não indicados para as crianças. Tal fato leva Sampaio (2011, p. 11) a sustentar que o surgimento de mídias eletrônicas foi fundamental para a quebra de barreiras entre o mundo adulto e o mundo infantil:

Uma mudança significativa na vivência da infância e da adolescência é, nesse contexto midiático, o novo tipo de acesso à informação. Referimo-nos aqui não somente ao aspecto da quantidade, à multiplicação das oportunidades de comunicação potencializadas com mídias como o computador e o celular, mas ao aspecto da qualidade, à alteração substantiva da natureza dos processos comunicacionais associados às mídias eletrônicas.

No mesmo sentido segue Silva (2014, p. 59), ao referir que hoje se presencia a nova geração de crianças, chamadas de “KGOY”, sigla para “Kids Growing Older Younger”. Esta expressão se refere às “crianças que se comportam como adultos precocemente”, caracterizadas pela adultização e aprendizagem mais precoce, em decorrência, especialmente, do excesso de informações disponíveis na internet. A autora ainda refere que:

[...] a geração KGOY tem nos mostrado que a infância também se transformou em um produto muito rentável para o mercado.

⁶ Neste sentido, entendem Neil Postman e Shirley R. Steinberg.

Somente o tempo nos dirá como serão os adultos dessa nova geração de consumidores vorazes, que consomem a própria infância e as etapas essenciais para um bom desenvolvimento físico e psicológico. Amadurecer é um processo complexo e lento, e “adulterar” a fórmula da vida pode trazer consequências inimagináveis, para o bem ou para o mal (2014, p. 60).

Para Olmos (2009, p. 8), “a erotização é precoce quando acontece antes da faixa etária correta da criança para determinado estímulo”. Ela também é precoce “se os conteúdos que aparecem para ela são precoces à sua faixa de idade” e alerta para os problemas que podem ser causados pelos conteúdos erotizantes vinculados ao público infantil por meio da publicidade, pois “o erótico é distorcido em relação à idade e entra como mais uma forma de atração, fascínio e sedução. Os próprios significados são dados de fora para dentro”. Por fim, define erotização precoce como sendo “estar fixado em um desejo que não é o seu, que não corresponde à sua faixa etária de fato”.

A infância é fase fundamental de desenvolvimento, nunca devendo ser suprimida ou reduzida, portanto,

Se os produtos/serviços destinados às crianças contêm apelo erótico/sensual, isso significa que o mercado (por meio do marketing) e a sociedade como um todo estão colaborando para a redução (ou eliminação) da fase infantil, imprescindível para a formação de um adulto psicologicamente saudável. O ingresso do apelo sexual nesta fase da vida, em que ainda não se tem maturidade para julgar o que é certo e errado, pode trazer consequências que podem afetar a formação de sua personalidade e o seu comportamento adulto futuro (BREI; GARCIA; STREHLAU, 2011, p.113).

Felipe e Guizzo (2003, p. 124) vão mais além, ao referir que “ao mesmo tempo em que elas [crianças] têm sido vistas como veículo de consumo, é cada vez mais presente a ideia da infância como objeto a ser apreciado, desejado, exaltado, numa espécie de “pedofilização” generalizada da sociedade”. Desta forma, percebe-

se o forte papel, negativo, desempenhado por certas publicidades, como se verá a seguir.

3 Flagrantes de erotização da infância na publicidade online.

Uma vez estabelecidas as premissas teóricas sobre as quais se assentam este estudo, a seguir serão analisadas duas peças publicitárias, cujo conteúdo veiculado evidencia flagrante erotização precoce. Os casos analisados serão “Valisere Ind. e Com. Ltda. – Meu 1º Valisere” e “Marisol - Outdoor Lilica Ripilica”, campanhas cujo teor abusivo despertaram a atuação do Instituto Alana, organização não-governamental que prega o consumo responsável, defendendo, dentre outras bandeiras, a proibição da publicidade infantil⁷.

A primeira publicidade a ser analisada será a “Valisere Ind. e Com. Ltda – Meu 1º Valisere”. Em 2013 o projeto Criança e Consumo recebeu denúncia relatando a abusividade da publicidade da empresa, que, através de cartazes e catálogo da marca, ofertava lingerie e pijamas para meninas, entre 8 e 12 anos de idade, em lojas da marca Valisere, na qual apareciam meninas expondo seus corpos infantis em peças íntimas, reproduzindo poses usualmente utilizadas por modelos adultas.

Os produtos com as crianças vestindo as roupas também foram encontrados em sites de lojas online e foram organizados até mesmo desfiles nas lojas da marca com meninas vestindo as peças.

Segundo notificação encaminhada à Valisere, os produtos pertencentes à campanha “Meu 1º Valisere” dividiam-se em três linhas: “meu primeiro bojo”, “minha primeira renda” e “meu

⁷ O Instituto Alana é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos, cuja missão é “honrar a criança”. Os trabalhos tiveram origem em 1994, na zona leste de São Paulo, e atualmente o Instituto conta com programas próprios e com parceiros, que buscam a garantia de condições para a vivência plena da infância, sendo mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013 (ALANA, 2018).

primeiro top” (ALANA, 2016). Percebe-se, de imediato, o forte estímulo à erotização precoce contido nesta publicidade, não só pelo fato de a campanha expor meninas vestindo tão somente as peças da coleção, que consistiam em roupa íntima, como também pela oferta e o estímulo à compra de peças de vestuário que não são próprias para a idade das crianças, pois meninas de 8 a 12 anos ainda não têm seios que comportem a utilização de tais “bojos”. Neste sentido, “a ideia de vestir um sutiã não é a de satisfazer uma necessidade, mas sim de antecipar etapas do desenvolvimento e criar em meninas o desejo de se enquadrarem em um estereótipo que associa a feminilidade à sensualidade” (ALANA, 2013).

As meninas apresentadas possuem características físicas de criança, rosto e corpo infantis, contudo aparecem utilizando conjuntos de roupas íntimas, poses e sorrisos que sugerem inclusive exposição erótica. A imagem, portanto, promove erotização precoce na medida em que não retrata crianças praticando atividades de criança – como brincar, correr, pular, mas sim meninas que, com pouca idade, enaltecem determinado padrão de comportamento e beleza e preocupam-se com imagem e aparência.

A notificação encaminhada ainda refere que:

[...] a tendência de ‘adultizar’ as crianças com o objetivo de ampliar as opções de venda do mercado e promover a fidelização a uma marca, induzindo-as por meio de mensagens publicitárias e promoção de estilos de vida materialistas, não é uma conduta ética, nem legal. Ao contrário, ensina às crianças, ainda em formação, valores individualistas, supérfluos, que não só contribuem para um comportamento de massa em que carece a solidariedade e a simpatia com a diversidade na sociedade, como ocasiona, não raras vezes, consequências danosas ao próprio indivíduo: baixa auto-estima, depressão, ansiedade, compulsão por gastos, distúrbios alimentares como a anorexia, etc. (ALANA, 2013).

Em resposta a empresa Valisere alegou estar surpresa com a denúncia de que alguns de seus franqueados estariam promovendo desfiles a fim de divulgar os produtos da linha “Meu 1º Valisere”. Indicaram, também, que as ações referidas não tinham respaldo da empresa, não fazendo parte de sua política de marketing. Comprometeu-se a enviar carta circular aos lojistas, a fim de alertá-los sobre a proibição de uso de infantes naquele tipo de campanha, requerendo que o Projeto Criança e Consumo publicasse em seu endereço eletrônico sua resposta frente à notificação (ALANA, 2014b).

Tendo em vista os esclarecimentos prestados pela empresa notificada, o projeto Criança e Consumo arquivou o caso. Contudo, as imagens veiculadas ainda podem ser facilmente encontradas no site de buscas “Google”⁸, o que promove a ampla e perpétua exibição dos corpos infantis, impedindo que as titulares da imagem posteriormente exerçam seu poder de autodeterminação informativa.

Quando o conteúdo é veiculado na internet torna-se praticamente impossível o esquecimento, o que torna inefetivos os pedidos posteriores de indisponibilização do conteúdo e até de retratação por parte de empresas. Uma vez divulgado, o conteúdo se propaga rapidamente, não havendo impedimento de que as imagens sejam salvas e armazenadas, vindo a serem utilizadas posteriormente para as mais distintas finalidades, inclusive para alimentar redes de pornografia online.

A par destas considerações, passa-se a análise do segundo caso, “Marisol – Outdoor Lilica Ripilica”. A referida empresa, com o propósito de divulgar a marca de vestuário Lilica Ripilica, destinada ao público infantil do sexo feminino, realizou uma

⁸ As referidas imagens podem ser encontradas tanto na notificação encaminhada pelo Instituto Alana (2013), bem como no endereço eletrônico “Google”: <https://www.google.com.br/search?q=meu+primeiro+valisere&rlz=1C1GGRV_pt-BRBR751BR751&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjA_KyN3M7cAhUGmJAKHXwxBBMQ_AUICygC#imgrc=eTCQabocaRA8VM:>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

comunicação mercadológica do tipo mídia externa, conhecida como *outdoor*, onde apresentava uma menina, aparentemente com 4 ou 5 anos de idade, deitada de lado em uma espécie de divã, vestindo uma saia e com as pernas levemente cruzadas. Em sua mão, a menina segurava um doce envolto por açúcar, o que seria a causa das marcas brancas no entorno de sua boca. A imagem vinha acompanhada pela frase “Use e se lambuze” (ALANA, 2008).

A imagem pode ser encontrada facilmente através do mecanismo de pesquisa “Google”⁹ e, conforme representação feita pelo Instituto Alana ao Ministério Público do Estado do Paraná em 2008, “a criança apresentada na publicidade encontra-se em uma posição sensual e erotizada, cuja imagem remonta, em uma espécie de paráfrase, às cenas de mulheres adultas em poses semelhantes, tendo o divã como um objeto muito simbólico” (ALANA, 2008, p. 3). Ademais, a frase utilizada no *outdoor*, “Use e se Lambuze”, enfatiza ainda mais o apelo contido na publicidade.

A representação encaminhada ao Ministério Público ainda chama a atenção para a sonoridade das palavras utilizadas, referindo que:

É importante, ainda, destacar a aproximação sonora do termo ‘lambuze’ com a palavra ‘abuse’, o que pode ser evidenciado na pesquisa de ‘abuse lambuze’ no referido site [Google], demonstrando que as palavras ‘use’, ‘abuse’ e ‘lambuze’ possuem um uso habitualmente conjunto, principalmente quando se trata de oferta de sites com temas eróticos ou sexuais [...] (ALANA, 2008, p. 7).

Importante referir o parecer elaborado pela psicóloga Maria Helena Masquetti sobre o *outdoor* em comento. Segundo a psicóloga, a foto tem inúmeras características que demonstram seu caráter erotizador: a primeira delas é a roupa vestida pela criança,

⁹ A imagem pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <https://www.google.com.br/search?q=use+e+lambuze+lilica+ripilica&rlz=1C1GGRV_pt-BRBR751BR751&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=oahUKEwjimuvgs2s7cAhWBEZAKHcQ4Bi8Q_AUICigB&biw=1366&bih=662#imgrc=-Y5XEMkrdpOQLM>. Acesso em: 02 ago. 2018.

facilmente percebida como uma peça elegante, destinada a adultos. Segundo, o fato de a criança estar maquiada, o que não é adequado para meninas de 5 anos. Por fim, a ambientação típica de ensaios fotográficos femininos de cunho sensual, uma vez que a menina está recostada sob um divã, e no cenário não se visualiza nenhum elemento infantil, como brinquedos, por exemplo.

Refere ainda a psicóloga que:

Este tipo de mensagem ambígua não é decodificável por uma criança preservada em sua ingenuidade, restando a possibilidade incômoda de ser lida maliciosamente por adultos inescrupulosos. Portanto, trata-se de uma construção pautada em valores e conceitos adultos e não infantis.

[...] No período de Latência, a criança deve ser preservada de qualquer forma de erotização sob pena de comprometer o desenvolvimento saudável de sua sexualidade. No entanto, a imagem mostrada no outdoor tem como modelo uma garotinha em pose adulta, convidando as demais crianças a tomarem-na como referência para a construção de suas identidades. É presumível que, a partir daí, ao se preocuparem com vestimentas da moda e desejarem usar maquiagem tal como a modelo, queiram entender também a finalidade deste hábito adulto que implica em serem sensualmente atraentes e desejáveis aos olhos de outrem. Importante lembrar que apesar de se gratificar com o olhar terno do adulto sobre ela, a criança não tem como administrar o ‘peso’ do olhar sensual de um adulto. E o outdoor, no conjunto de seus apelos, envolve a criança nesta aura sensual inadequada e danosa para ela (ALANA, 2008, p. 4).

Apesar do visível conteúdo erotizador e todos os problemas que a publicidade em análise pode causar as crianças e adolescentes, o Ministério Público do Paraná limitou-se a informar o caso ao Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), entidade que analisa publicidades e recomenda, se verificar irregularidades, a sustação da veiculação da peça. (ALANA, 2008).

Insatisfeito com o desfecho dado ao caso, o Projeto Criança e Consumo encaminhou à empresa, no mês de junho de 2008, uma

notificação, especificando os pontos ilegais da campanha. Contudo, tendo em vista a inércia da empresa notificada, o Projeto realizou nova representação, desta vez endereçada para o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, onde se localiza a sede da empresa Marisol S.A. (ALANA, 2008). Após análise pelo órgão ministerial, foi celebrado, em março de 2009, um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a empresa Marisol S.A., por meio da qual esta ficou comprometida a cessar a veiculação de publicidade contendo imagens de crianças, no formato da publicidade em análise, bem como a pagar multa compensatória ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, no valor de R\$ 20.000,00, tendo, desta forma, o caso sido encerrado pelo Ministério Público (ALANA, 2008).

Conforme se verifica, neste caso a atuação foi mais efetiva, mas se percebe que só chegou ao conhecimento do Ministério Público em razão da inércia da empresa em responder a notificação encaminhada pelo Instituto Alana.

Contudo, novamente se verifica que, apesar de todo trâmite realizado com o propósito de fazer cessar aquela comunicação mercadológica, as imagens ainda são encontradas em sites de busca, o que gera uma enorme sensação de ineficácia daquelas ações. Por esta razão é que deve haver um esforço conjunto, tal como prevê a Doutrina da Proteção Integral, a fim de evitar a desnecessária exposição infantil em publicidades inadequadas à faixa-etária ou que promovam a objetificação dos corpos infantis.

As infâncias que estão sendo produzidas refletem de modo direto a forma como são tratadas e educadas as crianças. Uma sociedade que se torna cada vez mais consumista, e que a fim de obter mais lucros vale-se de crianças em anúncios publicitários, muitas vezes de forma absolutamente inadequada, certamente não está respeitando esta fase tão peculiar e fundamental do desenvolvimento infantil, em flagrante descumprimento do princípio da proteção integral.

Considerações finais

Através do presente trabalho pode-se perceber que o tratamento legal conferido às publicidades no Brasil preconiza a proteção do consumidor frente às mensagens diariamente veiculadas nos mais diversos meios de comunicação. Verificou-se também que a publicidade que se vale da deficiência de julgamento das crianças é considerada abusiva, uma vez que viola o Código de Defesa do Consumidor, bem como infringe normativas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A esse respeito, fundamental observar que o Estatuto prevê, juntamente com a Constituição Federal de 1988, uma série de direitos e garantias fundamentais protetivas de crianças e adolescentes, ampla e de responsabilidade conjunta, a denominada Doutrina da Proteção Integral. Segundo esta, o dever de proteção e cuidado se dá nas mais diversas esferas, sendo responsabilidade conjunta de Estado, sociedade e pais a sua efetivação.

Por conseguinte, a proteção contra publicidades abusivas também deve ser observada, uma vez que pode causar danos à integridade física e moral dos infantes. Neste sentido, observa-se o cenário atual, onde, inseridos desde pequenos, as crianças se veem diariamente rodeadas de uma infinidade de produtos e ofertas, mesmo que não sejam civilmente capazes de realizar negócios.

O ramo da publicidade cada dia mais se aproveita das peculiaridades infantis para vender às crianças produtos maléficos a sua saúde, desnecessários e até mesmo impróprios, estimulando o consumismo e a erotização precoce e propiciando doenças relacionadas a abuso de alimentos pouco nutritivos. Nesta senda, o presente trabalho preocupou-se em analisar mais especificadamente a erotização precoce e os diversos problemas daí advindos, tendo como foco a atuação do Instituto Alana, organização civil que prima pela proteção e cuidado com a infância.

Verificou-se que, ao longo do tempo, a concepção de infância e criança sofreu diversas alterações, resultantes de aspectos sociais

próprios de cada época. Percebeu-se que a ideia de infância atualmente concebida, de certa forma evoluiu na medida em que os direitos das crianças e adolescentes foram sendo concedidos. Isto porque, historicamente, o homem percebeu que a criança é peculiar, diferente, com determinadas características distintivas do adulto, e que por esta razão precisa ser cuidada e tratada de maneira diversa.

Os espaços destinados às crianças, as roupas, os assuntos, tudo isto reflete de maneira bastante clara a existência de distinções. A razão principal para tanto ancora-se no reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e que precisam ter cada fase do seu desenvolvimento respeitadas. Portanto, os estímulos corretos devem ser despertados de maneira adequada a cada etapa do seu crescimento.

Esse cuidado exige que os infantes e adolescentes sejam protegidos de estímulos adversos ou precoces, que têm o condão de antecipar fases, suprimir etapas do seu crescimento, causando prejuízos a sua vida. A erotização precoce enquadra-se nestes estímulos negativos, uma vez que acaba despertando o interesse prematuro por questões de natureza sexual, além de propiciar e fomentar antigos padrões impostos socialmente, dentre eles a sua objetificação para as fantasias sexuais dos adultos.

Neste sentido, verificou-se que a erotização precoce é responsável por diversos problemas, especialmente em meninas, como antecipação da menstruação, risco de doenças sexualmente transmissíveis, distúrbios alimentares, gravidez precoce, dentre outros. Ademais, a exposição dos corpos infantis em publicidades remete a outro problema muito discutido atualmente: a pedofilia.

É sabido que as redes de pedofilia se valem de imagens de crianças, sendo que a divulgação e veiculação de publicidades contendo tais elementos são um grande risco à integridade física e moral dos infantes.

Percebeu-se, no presente trabalho, que, em se tratando de crianças e adolescentes, as restrições às publicidades devem ser

amplas. A efetividade dessas restrições, no entanto, nem sempre é evidenciada. Conforme demonstrado com a análise dos casos onde houve a atuação do Instituto Alana, na medida em que as representações eram feitas as empresas se retratavam e faziam cessar as comunicações mercadológicas, mas as imagens continuavam disponíveis e acessíveis em sites de busca, podendo ser encontradas por qualquer internauta.

Conclui-se, portanto, que a atuação do Instituto Alana nos casos de publicidade que estimula a erotização precoce foi parcialmente eficaz, uma vez que, em razão das possibilidades e liberdade conferida pela internet, as imagens abusivas objeto da presente análise ainda podem ser encontradas, o que objetiva especialmente as meninas, atentando contra o sentimento de infância.

Referências

- ALANA, Instituto. **Entenda a resolução que define a abusividade da publicidade infantil**. 2014a. Publicado em 17 de Abr. de 2014. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- _____. **Sobre nós**. Disponível em: <<https://alana.org.br/#sobre>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- _____. **Marisol - Outdoor Lilica Ripilica**. 2008. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/acoes/marisol-outdoor-lilica-ripilica/>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- _____. **Notificação encaminhada pelo Projeto Criança e Consumo à Valisere**. 2013. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2013/12/NOTIFICA%C3%87%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 02 Ago. 2018.
- _____. **Parecer psicológico Maria Helena Masquetti**. 2008. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/06/08_parecer_marisol.pdf>. Acesso em: 02 Ago. 2016.

_____. **Representação encaminhada pelo Projeto Criança e Consumo ao Ministério Público do Estado do Paraná.** 2008. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/06/08_representacao_marissol.pdf>. Acesso em: 30 Jun. 2018.

_____. **Valisere Ind. e Com. Ltda. – Meu 1.º Valisere.** 2013. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/acoes/valisere-ind-e-com-ltda-meu-1-o-valisere/>>. Acesso em: 02 Ago. 2018.

_____. **Resposta encaminhada pela empresa Valisere ao Criança e Consumo.** 2014b. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Resposta-Valisere.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** 2. Ed. – Rio de Janeiro : LTC, 1981.

AQUINO, Lúcia Souza D'. **Criança e publicidade: Hipervulnerabilidade?** Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127973/000973858.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 02 Ago. 2018.

BANDERA, Vinícius. **Código de Menores, ECA e adolescentes em conflito com a lei.** Revista Âmbito Jurídico. Publicado em 01 de jul. de 2013. Nº 114, Ano XVI. Julho 2013. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13436&revista_caderno=12> . Acesso em: 02 Ago. 2018

BRASIL. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 Set. 2015.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 25 Set. 2015.

- BREI, Vinicius Andrade; GARCIA, Luciana Burnett; STREHLAU, Suzane. **A influência do Marketing na erotização precoce feminina.** Teoria e Prática em Administração, v. 1, n. 1, 2011, pp. 97-116 - Marketing e Erotização Precoce Infantil. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/tpa/article/view/11899>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito.** 2. Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira.** – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- FELIPE, Jane; GUIZZO, Bianca Salazar. **Erotização dos corpos infantis na sociedade de consumo.** Pro-Posições. v. 14, n. 3 (42) - set./dez. 2003. Disponível em < https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/2214/42-dossie-felipej_et al.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva dirigida à criança.** – Curitiba : Editora Juruá, 2008.
- IBOPE. **Brasileiros passam mais tempo frente à TV.** Publicado em 22 de Jan. de 2014. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/brasileiros-passam-mais-tempo-em-frente-a-tv/>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos.** – Barueri, SP : Editora Manole, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. Edição. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições.** – Porto Alegre : Editora Memória Jurídica, 2002.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes.** Revista de Direito do Consumidor, ano 19. N. 76, out-dez, 2010. Coord: Cláudia Lima Marques. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- OLMOS, Ana. **Criança e Consumo Entrevistas: Erotização Precoce e exploração sexual infantil**. Instituto Alana, Projeto Criança e Consumo, 2009. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-2.pdf>>. Acesso em: 02 Ago. 2018
- POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. – Rio de Janeiro : Editora Graphia, 2012.
- REIS, Helena Esser dos; CARVALHO, Diógenes Faria de; ABREU, Daniel Albuquerque de. **Uma perspectiva dos direitos humanos acerca da hipervulnerabilidade do consumidor criança, pg. 92-119**. Anais do V Seminário Pensar Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <https://ppgidh.ndh.ufg.br/up/788/o/Anais_V_Pensar_DH_FINAL.pdf#page=92>. Acesso em: 02 Ago. 2018.
- SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. – São Paulo : Ed. Globo, 2014.

O direito à saúde x obesidade infantil brasileira: uma análise da ciberpublicidade

Patrícia dos Reis¹

Daniela Richter²

Introdução

O presente trabalho versa sobre o Direito Fundamental à saúde diante do crescimento de casos de obesidade infantil. Quer analisar se a exposição dos infantes à ciberpublicidade é um dos fatores que contribui para o desenvolvimento da doença, justamente pelas possibilidades introduzidas pela Internet e o significativo aperfeiçoamento das formas comunicativas, estando entre elas à publicidade infantil. Essa, quando veiculada por meio do ciberespaço, tem atuado de maneira ainda mais incisiva no incentivo ao consumo precoce.

Essa nova forma de submissão de hábitos alimentares se apresenta como uma possível violadora do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, visto que manobra com a sua falta de discernimento para oferecer produtos com alto teor de

¹Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Área de Concentração: Direitos Emergentes na Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Professora do Departamento de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES; Coordenadora da Cátedra de Direitos Humanos da Faculdade Metodista de Santa Maria. Endereço eletrônico: patricia.reis@fames.metodista.br

²Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente - NEJUSCA, da UFSC. Endereço eletrônico: daniela.richter@ufsm.br

sódio, gorduras e açúcares embasados em um relação de experiência, afeto e fidelidade com determinadas marcas e produtos.

Para a viabilização do desenvolvimento da pesquisa adota-se como método de abordagem dedutivo, já que a pesquisa parte de um aparato histórico e evolutivo sobre o direito fundamental à saúde sob a ótica da doutrina da proteção integral no Brasil e, posteriormente, apresenta os contornos da ciberpublicidade na sociedade em rede para, após, demonstrar sua relação com o consumo de alimentos e o conseqüente desenvolvimento de doenças precoces no país. Já como método de procedimento adota-se o monográfico, aliado às técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

É o que se passa a demonstrar.

1 O direito fundamental à saúde e suas conexões com a doutrina da proteção integral

Inicialmente, cumpre destacar que se fará a exposição do Direito Fundamental à saúde pela relevância de sua garantia com o tema a ser abordado. Esse, conforme os ditames do art. 6º da Constituição Federal vêm assegurar que todos os cidadãos, sejam eles crianças, adolescentes, jovens, adultos e idosos, tenham acesso independentemente de suas classes econômicas, aos meios de saúde preventiva e de recuperação, as quais devem ser disponibilizadas pelo Estado por meio de políticas econômicas e sociais (BRASIL, 1988).

Assim, é dever do Estado resguardá-lo com a concretização de uma qualidade de vida sadia e minimamente digna ao povo brasileiro. Conseqüentemente, sua compreensão deve assegurar a cidadania plena e a efetivação dos direitos sociais, conforme preconizado pelo mesmo aparato legal.

No entanto, sabe-se que tais direitos são de difícil efetivação, o que é ainda pior reportando-se a faixa etária abarcada pelo

trabalho, pois a relação temporal foi maior, haja vista que até o século XX, a legislação brasileira não havia se pronunciado sobre os direitos das crianças e adolescentes no país. Desse modo, mister apontar breves apontamentos históricos sobre a inserção desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o reconhecimento da Doutrina da Proteção Integral.

Nessa seara, um dos primeiros passos percorridos na direção dos direitos dos infantoadolescentes brasileiros, se deu em meados de 1927 com a promulgação do primeiro Código de Menores, também conhecido como Código Mello Mattos. Tal regramento veio regulamentar principalmente as questões inerentes ao abandono e tutela, tendo em vista as diretrizes da situação irregular do “menor”, a qual reconhecia crianças órfãs, mendigas e pobres ou quem cometera um ato infracional, como perigo a ordem pública (LOPES; FERREIRA, 2013).

Na seara constitucional, a Constituição Federal da República de 1934 foi a primeira a se pronunciar em relação aos direitos das crianças brasileiras, com ênfase na proibição do trabalho infantil. Já a Constituição de 1937, outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas, se preocupou com sua proteção, sobretudo, com as mais carentes. Além disso, estabeleceu que o Estado deveria promover assistência aos infantes, bem como assegurar seu desenvolvimento físico e moral. Dessa forma, as famílias mais necessitadas contavam com um auxílio para subsistência e educação de seus filhos. Com a mesma aceção assistencial, a Constituição de 1969, se preocupou com a proteção da maternidade e da infância, bem como estipulou a obrigatoriedade das empresas em disponibilizar ensino primário gratuito para seus funcionários e filhos, incluindo nesse grupo, também os excepcionais (VERONESE, 1999).

Já em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal da República, houve um considerável avanço no direito brasileiro, ao passo que se normatizaram os direitos e garantias fundamentais e se tratou de maneira específica dos direitos sociais, quais sejam, direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança,

à previdência social, à proteção aos desamparados e à proteção à maternidade e à infância³ (BRASIL, 1988).

Observa-se, uma inovação no capítulo VII, dispondo dos direitos da família, crianças e adolescentes e dos idosos, registrando sob os ditames do art. 227, o marco inicial da Doutrina da Proteção Integral no direito brasileiro, intensificando a preocupação com o melhor interesse da infância (PEREIRA JÚNIOR, 2011).

Igualmente, no ano de 1990, com a promulgação da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador passou a priorizar o melhor interesse dos infantes, bem como instaurou um novo referencial político-jurídico ratificando os preceitos fundamentais e reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Além disso, passou a declarar os infantes como cidadãos e não mais como projeto de adultos, reconhecendo seus direitos em razão de indivíduos que estão crescendo, em condição peculiar e, portanto, necessitam de proteção especializada (VERONESE, 2003).

Isto posto, registra-se que o texto constitucional do art. 227, cumulado as normativas do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a estabelecer proteção prioritária para os infantes, sobre a perspectiva da proteção integral. Nesse passo, sempre que houver afronte aos interesses de tais indivíduos, a rede de proteção integral formada pela família, Estado e sociedade civil, deve estar apta para suprir quaisquer necessidades, sob a ótica da tutela coletiva.

No cenário internacional, dois pontos merecem destaque, ao passo que tratam da Declaração Universal dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil no ano de 1959, bem como da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, promulgada em 1989. Apesar da primeira não ter relação direta com o direito à

³Reitera-se que a Emenda Constitucional nº 20/2000 inseriu ainda no rol dos Direitos Sociais, o direito a moradia. Igualmente a Emenda Constitucional nº 64/2010 inseriu o direito à alimentação.

saúde, inerente ressaltar que foi a partir dessa, que se instaurou a preocupação com a infância no ordenamento jurídico universal (SARAIVA, 2005).

Já a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, dispôs em seu art. 6º sobre o direito à vida registrando que todos os Estados membros devem assegurar esse direito embasado na sobrevivência digna e no desenvolvimento eficaz da infância. Além disso, reconheceu os infantes como sujeitos de direitos e obrigações, enfatizando sua condição peculiar em desenvolvimento. Apesar de ratificada pelo Brasil, somente dois anos depois, tal normativa instaurou sob a ótica internacional a ordem principiológica integral (SARAIVA, 2005).

Retomando o assento constitucional, registra-se que, o disposto normativo do art. 227 da Carta Política, além de parametrizar a referida Doutrina, combinada com o art. 6º e 196 do mesmo diploma, bem como com o Capítulo I do Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a reconhecer o direito à saúde, específico aos infantes, como um dos pilares corolários de sua proteção e, portanto passível de tutela jurisdicional prioritária.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 7º especifica que crianças e adolescentes tem direito a proteção à vida e à saúde mediante a promoção de políticas públicas propostas pelo Estado para o desenvolvimento saudável da infância. Registre-se que essa proteção deve ocorrer antes mesmo do nascimento, ao passo que o Estatuto prevê em seu art. 8º o atendimento pré e perinatal para as gestantes por meio do Sistema único de Saúde – SUS. Uma grande inovação no que tange ao tema central do presente trabalho diz respeito a recente alteração desse artigo pela Lei 13257 de 2016, que dentre outras coisas, acrescentou o § 7º ao artigo, prevendo que a gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, além de receber estímulos de modo a favorecer a “criação de

vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança”. (BRASIL, 1990)

Igualmente o art. 9º obriga o poder público bem como as empresas privadas a promover condições para o aleitamento materno, inclusive para mães em cumprimento de pena privativa de liberdade. Trouxe a referida alteração outro dever (art. 9º, §1º) ao profissionais das unidades primárias de saúde que deverão desenvolver “ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua”. Ademais, insta destacar o art. 11 do presente Estatuto, o qual assegura o atendimento integral dos infantes por meio do SUS garantindo-lhes acesso universal, igualitário e prioritário. Já o artigo 14, recebeu a inserção de um § 2º pelo referido diploma alterador ressaltando o compromisso do SUS em promover a atenção “à saúde bucal das crianças e das gestantes, de forma transversal, integral e intersetorial com as demais linhas de cuidado direcionadas à mulher e à criança”. (BRASIL, 1990).

Nesses termos, tendo em vista o avanço no campo normativo e instrumental na área da saúde em prol da infância, o Estado implantou alguns mecanismos capazes de garantir sob a ordem constitucional a proteção integral, prioritária, preventiva e recuperatória dos infantoadolescente, resta esperar os resultados práticos dessas alterações.

Em suma, o SUS deve além de promover, proteger e recuperar a saúde dos infantes, também desenvolver programas viabilizando assistência médica e odontológica, bem como criar campanhas de educação sanitária para pais, alunos e professores, corroborando para a prevenção de possíveis enfermidades apresentadas pelo público infantil. Por conseguinte deve assegurar além de todas as obrigações acima citadas, a prevenção de doenças precoces, como os casos de obesidade infantil, por meio de programas de incentivo ao aleitamento materno e alimentação

adequada (ISHIDA, 2013), agora, integradas ao corpo dos artigos do Estatuto que tratam do direito à saúde.

Entretanto, a situação da saúde pública brasileira e do SUS se opõe aos preceitos e garantias fundamentais, ao passo que não reconhecem o direito à saúde como requisito para exercício da cidadania, mas apenas como ausência da doença. Nesse cenário, os recursos destinados aos Fundos Municipais de Saúde passam a ser mal distribuídos além de mal administrados, o que representa a falta de política de recursos humanos e financeiros, bem como um desafio para sua consolidação (PEREIRA, 2008).

Diante disso, a saúde pública brasileira merece atenção especial das autoridades políticas e sociais, tendo em vista se tratar de um direito fundamental a ser efetivado, em sobreposição da ótica administrativa e fiscal. Registra-se ainda, a necessária atualização às transformações da medicina e o surgimento de novas doenças precoces que tem atingido de maneira preocupante o público infantil. Partindo dessa premissa as discussões devem ser mais incisivas quando tratados os deveres do Estado em face dos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes.

Ademais, tendo em vista que a direção do SUS – Sistema Único de Saúde é unicamente estatal, torna-se sua, a responsabilidade solidária enquanto parte da rede de proteção integral, de promover, manter, atualizar e fiscalizar a saúde preventiva e recuperatória dos infantes. Assim, a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, não podem alegar ilegitimidade para se esquivar de possíveis afrontas aos direitos e garantias fundamentais do público infantil.

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde deve ser pensado como norma jurídica e efetivadora da proteção integral, ao passo que esse se relaciona diretamente com a busca de melhores condições em favor da criança e do adolescente, bem como na implementação de políticas públicas que assegurem a efetivação de seus direitos. Ainda, para Machado (2003, p.140): “[...] na base da noção de proteção integral está à ideia de

efetivação dos direitos fundamentais. Logo, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação”.

Contudo, o direito à saúde ainda que pacificado, traz consigo o estereótipo de um longo caminho a ser percorrido, no que diz respeito a faixa etária abarcada pela pesquisa. Isso porque o Estado não é o único legitimado para zelar pela saúde e prevenção de doenças precoces atinentes ao público infantil. As famílias possuem um importante papel nesse processo, bem como a sociedade civil, em especial as empresas, visto que essas estão cada vez mais presentes no dia a dia dos infantes atreladas a outros grandes setores, como o setor publicitário, o qual mostra-se onipresente na vida dos infantes interferindo nas suas decisões de consumo.

Logo, a tríplice rede de proteção integral formada pelo Estado em conjunto com a família e sociedade civil tem o dever de prevenir e alertar crianças e adolescentes sobre as implicações de doenças precoces e qual a relação do surgimento dessas com seus hábitos de consumo. Nesse norte salutar reportar-se para os altos índices de obesidade infantil, doença não transmissível, que tem tomado proporções preocupantes em nível nacional. Desse modo, tal enfermidade, reconhecida como epidemia brasileira, será tratada na sequência, de modo que se possa analisar sua relação com a interação em ambientes digitais.

2 A ciberpublicidade e sua relação com os casos de obesidade infantil

Feita a apresentação dos dispositivos legais que estão a tratar do direito à saúde, adentra-se, agora, na questão da publicidade como fator externo que contribui para o desenvolvimento da obesidade infantil, especificamente, no que tange a sua modalidade difundida pela rede.

Rememore-se que a publicidade é conceituada por Dias (2010, p. 21) como: “[...] o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo”, tornou-se

uma das maiores fontes de estímulo ao consumo no Brasil e no mundo, acabando por atingir todas as faixas etárias, com crescente ascensão no mercado de produtos voltados ao público infantil.

Do mesmo modo, relembra-se que os termos publicidade e propaganda apresentam objetivos diferentes. Destarte, Dias (2010, p. 22) apresenta o conceito de propaganda como uma: “[...] técnica de persuasão, porém, sem qualquer intuito econômico *apriori*. A influência que visa exercer sobre o homem é no sentido de adesão de alguma ideia política, religiosa ou cívica, retomando, portanto, a ideia original de propagar”, o que acaba por ser o ponto crucial e definidor da publicidade.

Contudo, Erenberg, entende que não há diferença entre essas terminologias, ao passo que não há diferença entre o conceito técnico e jurídico disposto no art. 5º da Lei 4.680/65 a qual trata da profissão de publicitário, bem como no art. 4º do seu Decreto regulador nº 57690/66. Esses definem propaganda como: “[...] qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante qualificado”, generalizando o termo “propaganda” as noções de divulgação, quais sejam, propaganda (divulgação de ideias) e publicidade (divulgação de produtos) (ERENBERG, 2003). Ademais, para Erenberg (2003, p. 20): “[...] a publicidade busca estabelecer uma relação de dependência psicológica entre o consumidor [...] e determinado produto, serviço ou marca, que resulte em última análise na compulsão para o consumo”.

A internet tornou-se uma rede de comunicação global. Foi graças a essa nova tecnologia que a sociedade em rede⁴ se estendeu transcendendo os seus limites históricos de organização social e

⁴ Primeiramente faz-se necessário explicar o que se entende por rede. Para Castells (2013, p. 52), a rede é “um conjunto de nós interligados. Os nós podem ter maior ou menor relevância para o conjunto da rede, de forma que os são especialmente importantes se dominam centros em algumas “versões” da teoria das redes”. Segundo o autor na vida social, as redes nada mais são do que estruturas de comunicação consideradas como padrão de contato a partir de fluxos de mensagens entre comunicadores diferentes no tempo e no espaço. Esses fluxos são informativos e circulam entre os nós (CASTELLS, 2013, p. 53).

pode ser vista como uma sociedade em rede global, cuja estrutura é composta por tecnologias de informação e comunicação (CASTELLS, 2013, p. 58). Esse processo emergente acabou por influenciar diretamente no comportamento dos infantoadolescente. Atualmente o uso dessas tecnologias por crianças e adolescentes tornou-se algo natural, visto que esses nasceram em uma época onde os meios eletrônicos são comuns e, portanto, são denominados como “nativos digitais”⁵.

Para Silva (2015, p. 280):

Esses nativos digitais empregam a internet, telefones móveis e seus mais variados aplicativos com muita facilidade e nessa condição assumem um protagonismo que os distingue das crianças e adolescentes de outras épocas, porquanto o uso dessas ferramentas lhes amplia os canais de informação e comunicação, conferindo novas possibilidades de ser e estar no mundo.

Portanto, essa facilidade com o mundo virtual, traz um grande problema no que tange aos estímulos recebidos pelas publicidades online, em especial, quando o assunto é alimentos que não sejam saudáveis. Estudo realizado pelo Ibope Nielsen Online detectou que os infantes brasileiros são os que mais ficam conectadas na internet chegando a uma média de 14 horas diárias. Crianças com idade entre 2 a 5 anos utilizam a internet cerca de três horas ao dia. Já para aquelas entre 6 e 11 anos, a quantidade de tempo em frente a *web* aumenta consideravelmente, cerca de 10 horas e quarenta e sete minutos (IBOPE NIELSEN ONLINE, 2015). Com a mesma acepção, a pesquisa TickKids Online, desenvolvida pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (Cgi.br) publicada e atualizada em outubro de 2017, demonstra detalhadamente o uso

⁵Palfrey e Gasser (2011, p. 11) definem como nativos digitais aqueles nascidos após 1980 quando as tecnologias digitais chegaram online. Todos esses têm acesso às tecnologias digitais e possuem habilidades para usá-las, menos os bebês ao nascer, visto que logo irão aprender.

da internet pelos infantes no Brasil. Importante registrar que a coleta de dados relativa ao estudo foi realizada com crianças e adolescentes com idades entre 9 e 17 anos, separadas em diferentes regiões geográficas no país. Os dados aqui apresentados somam a sua totalidade.

De acordo com a pesquisa, 82% dos infantes possuem acesso ao ciberespaço, sendo que 69% estão conectadas diariamente, mais de uma vez por dia. Desse total, 86% apoderam-se de perfil próprio nas redes sociais e 48% já buscaram informações sobre marcas e produtos publicizados na internet, bem como 42% tiveram contato com propaganda ou publicidade não adequadas para a sua idade. Ademais, 62% acessaram publicidades por meio das redes sociais, 69% por meio de sites de vídeos, como o *YouTube* e 40% por meio de jogos *online* (TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2017).

Conseqüentemente, 57% passaram a curtir e seguir as publicidades recebidas e 24% compartilharam a publicidade infantil na rede. Essa proporção de contato dos usuários com publicidade na rede levou 43% dos infantes a pedirem para seus pais algum produto após o contato com a publicidade. Ainda, a pesquisa concluiu que o meio mais utilizado para acessar internet por crianças e adolescentes é o celular chegando ao percentual de 91% (TIC KIDS ONLINE BRASIL, 2017).

No que diz respeito à publicidade infantil proferida por meio do ciberespaço essa torna-se ainda mais preocupante, visto que com a liberdade de acesso a hipervulnerabilidade dos infantes é conseqüentemente ampliada, ao passo que não possuem discernimento para entender os apelos publicitários, bem como os conteúdos prejudiciais ao seu desenvolvimento expostos na rede. Ademais, os estilos de publicidade apresentados pelos meios de comunicação de massa como rádio e televisão foram readaptados, agora para um contexto de rede. Isso porque a lógica desse modelo unidirecional era a comunicação persuasiva de marcas, produtos e serviços no intuito de atingir o seu público consumidor, onde o

feedback era/é dado pela quantidade de vendas. Essas narrativas publicitárias atendiam a lógica básica e formulada como “atenção/interesse/desejo e ação” (ATEM; OLIVEIRA; AZEVEDO, 2014, p. 7).

Com o advento da internet as narrativas publicitárias mudaram e o modelo tradicional sofreu transformações importantes. Os anunciantes passaram a desenvolver novas estratégias publicitárias de monitoramento e engajamento dessa massa produtora de conteúdos que transformou o consumidor em um aliado para disseminação positiva das marcas e produtos. Desse modo, a fórmula lógica das narrativas publicitárias dos meios de comunicação de massa foi modificada para um novo contexto de “interatividade/relevância/experiência”. Esses aspectos embalam o novo fazer publicitário quando se trata de internet, o que Atem, Oliveira e Azevedo (2014, p. 10), chamam de “Ciberpublicidade”.

Advinda como parte da transformação das práticas sócio-culturais vigentes, seu engajamento vem da Cibercultura⁶. O autor reconhece que esse crescimento “resulta de um movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem” e, portanto, estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação (LEVY, 1999, p. 11).

Segundo Castells, a comunicação pode ser considerada como ferramenta indispensáveis na manipulação da informação e construção do conhecimento pelos indivíduos. Isso porque “[...] a geração, processamento e transmissão de informação torna-se a principal fonte de produtividade e poder” (CASTELLS, 1999, p.21). Para o autor, o poder na sociedade em rede “é o poder da comunicação” (CASTELLS, 2013, p. 93).

⁶Conceituada por Lévy (1999, p.17) como “o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”

De acordo com Silva (2009, p. 113): “O ambiente virtual oferece uma pluralidade de serviços aos usuários, disponibilizando informações e múltiplas possibilidades de comunicação”. Nesse sentido não mais se abre apenas a possibilidade do usuário ser informado, mas também de informar mostrando o que pensa. No campo das comunicações abre-se novas oportunidades de interação que os incentivam a produzir e compartilhar o material exposto na rede, essas são constantemente acolhidas pelo público infantoadolescente (SILVA, 2009, p. 113-114).

Portanto, um novo fazer publicitário se descortina, tendo em vista as possibilidades desse novo espaço interativo. Diferente da publicidade tradicional, a ciberpublicidade está engajada a multiplicar e potencializar a persuasão enunciativa. Desse modo, serve como meio de promoção dos produtos, os quais a depender da reação do público alvo poderão ser reformulados. Tal situação era impossível nas mídias tradicionais, visto que o *feedback* era dado somente por meio da ação/compra. No modelo atual o setor publicitário não espera o consumidor reagir à campanha, mas sim estabelece um diálogo contínuo e intenso entre fornecedor e consumidor por meio da ciberpublicidade (ATEM; OLIVEIRA; AZEVEDO, 2014, p. 10-11).

Dentre as mais variadas formas e estratégias ciberpublicitárias que surgiram nesse processo cita-se, como exemplo, sites de destinação de empresas, *banners*, publicidade enviada por e-mail e uma estratégia recente e inovadora chamada de *unboxing* ou *unwarping* (termo em inglês para o ato de desembalar produtos). Tal estratégia é desenvolvida no YouTube normalmente por influenciadores mirins que desembalam brindes e brinquedos relacionados a uma determinada marca (LEÃO *et. al*, 2016).

Destaca-se ainda, os jogos interativos denominados de *advergames*. Por intermédio desse último, o setor publicitário visa atrair crianças e adolescentes para o consumo de produtos e

serviços e conseqüentemente fidelizar sua marca por meio da experiência positiva que o jogo proporciona (SILVA, 2015).

Embora as mídias sociais tenham uma abrangência muito maior do que as redes sociais são para elas que os olhares estão voltados no momento atual, visto a possibilidade de um relacionamento mais próximo com o cliente e conseqüentemente um crescimento no consumo dos seus produtos (SANTAELLA; MENDONÇA, 2014).

Atualmente, os operadores da ciberpublicidade investe em um verdadeiro diálogo com seus possíveis consumidores. Esses são chamados a “cocriar” a própria campanha, os discursos que a permeiam e a própria identidade da marca (ATEM; TAVARES, 2014, p. 121).

De acordo com os autores acima citados a leitura discursiva está relacionada com os afetos e os signos. O primeiro diz respeito a um modo de materialização de pensamentos e extensão pela mediação dos atributos de modo subjetivo. Já o segundo, seria o sentido que eclode entre o enunciado e o mundo (o conteúdo de um pensamento). A ideia principal desse novo contexto publicitário é criar uma relação de afetividade entre consumidor, produto e marca por meio da experiência. E, conseqüentemente fazer com que esses possam influenciar novos consumidores.

Nesse sentido, segundo Atem e Tavares (2014, p. 124), a ciberpublicidade é considerada uma “megamáquina de subjetivação capitalística que (re) produz, de modo tão agressivo como simpático, os valores e os afetos do modo de vida produtivista-consumista atual”, os quais são materializados por meio dos signos discursivizados por ela.

Para tanto está centrada nos consumidores, como objetos de armazenamento e difusão de informações mercadológicas sobre bens e consumo. Um possível consumidor não apenas responde aos apelos publicitários, mas é chamado a participar das campanhas, construir sua narrativa, a ser coenunciador da marca. Sem a interação desses não há sequer campanha (jogos *online*, por

exemplo, sem jogador não há jogo). Um fluxo circular na forma de diálogos interpessoais gera naturalidade ao discurso ciberpublicitário. É por meio desses diálogos que as pesquisas são constantemente realizadas no ambiente online e, conseqüentemente os produtos são ofertados.

Nesse sentido, percebe-se que os infantoadolescentes estão cada vez mais inseridos no contexto virtual e, portanto, expostos aos riscos dispostos na rede como a onipresença da ciberpublicidade. Desse modo, importante destacar que a emergência dessa nova realidade vem interferindo ainda mais nas decisões de compra do público infantil, de maneira especial, aquelas relacionadas aos seus hábitos alimentares, relação que acaba contribuindo para o surgimento de doenças precoces como os casos de obesidade infantil.

A obesidade infantil é atualmente conceituada pela Organização Mundial da Saúde como “[...] acumulação de gordura anormal ou excessiva que apresenta um risco para a saúde”⁷, contribui para o desenvolvimento de outras doenças crônicas como diabetes, problemas cardiovasculares e câncer. Seu crescimento, que até então preocupava apenas os países ricos, vem ocorrendo drasticamente em países de baixa e média renda, sobretudo nos centros urbanos (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017).

Todo um sistema de vida inadequado favorece o seu desenvolvimento a nível global, o que vai desde uma alimentação insatisfatória, sedentarismo, velocidade das refeições, desequilíbrio alimentar, consumo de produtos com alto teor de sódio, gorduras e açúcares até a relação família versus alimentação. Nos dias de hoje o maior número de morbidade está relacionada à população pobre e com condições genéticas e ambientais características da doença (FISBERG, 2005, p. 3).

⁷Do original: “abnormal or excessive fat accumulation that presents a risk to health” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017).

No Brasil, a Sociedade Brasileira de Pediatria, conceitua a doença como: “[...] uma doença crônica, complexa, de etiologia multifatorial e resulta de balanço energético positivo. O seu desenvolvimento ocorre, na grande maioria dos casos, pela associação de fatores genéticos, ambientais e comportamentais”. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2017, p. 22).

Atualmente, pesquisas publicadas pelo Ministério da Saúde, em parceria com a Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico - Vigil, concluíram que esse percentual vem aumentando consideravelmente, ao passo que, 53,8% dos brasileiros estão acima do peso (57,7% homens e 50,5% mulheres), um crescimento de 23,3% em comparação ao ano de 2006. Com relação à obesidade o percentual também assusta, ao passo que 18,9% da população brasileira está obesa, 60% a mais que em 2006 (19,6% mulheres e 18,1% homens) (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2017).

O relatório acima citado, informa sobre o percentual de crianças e adolescentes com excesso de peso e com grau de obesidade no país. Nesse sentido informa que 59,2% das crianças entre 0 a 8 anos, 53,3% entre 9 a 11 anos e 48,8% dos adolescentes entre 12 anos ou mais estão com excesso de peso. Ao passo que 23,5% das crianças entre 0 a 8 anos, 18,3% entre 9 a 11 anos e 14,9% dos adolescentes entre 12 anos ou mais estão obesos (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2017).

No que tange ao seu surgimento, os profissionais médicos, bem com a Organização Mundial da saúde, ambos acima citados compactuam de que a obesidade infantil está relacionada a fatores internos e externos que isolados ou associados, desencadeiam a doença. Desse modo, como fator interno “(fator endógeno)” cita-se a herança genética, a qual está relacionada à predisposição familiar, ou seja, pais obesos trazem predisposição para que seus filhos sejam obesos, mesmo que não de forma absoluta. Outro fator é o metabólico, isto é, como o organismo de cada indivíduo

funciona. Já os fatores externos “(fatores exógenos)”, estão relacionados à inadequação alimentar, estresse, sedentarismo e fatores culturais (DÂMASO, *et al*, 2009, p. 6).

Contudo, Fisberg alerta para um fator externo crescente a ser levado em consideração, de maneira contributiva e influenciadora na preferência alimentar dos infantes, qual seja a publicidade. Isso porque, devido o advento da globalização e as mudanças de hábitos alimentares advindas desse processo o aparecimento da doença em crianças foi favorecido. Essas, estão cada vez mais sedentárias, passam grande parte do seu dia em frente à televisão, computadores, *tablets* e *smartphones*. Seu gasto energético diminuiu consideravelmente e a busca pelo consumo de alimentos com alta densidade calórica oferecidos pelo setor publicitário por meio das telas, aumenta de maneira desordenada (FISBERG, 2005).

Ratificando a informação Taddei; *et.al.* (2016, p. 176) confirma que:

O atual ambiente obesogênico caracteriza-se pelo crescimento mundial de consumo de alimentos ultraprocessados, motivado por estratégias de marketing desenvolvidas por indústrias multinacionais, que investem fortemente na divulgação de produtos de alta densidade energética para crianças e adolescentes.

Dentre os anúncios publicitários externados no ciberespaço diariamente, registra-se a crescente ciberpublicidade de produtos com alto teor de sódio, gorduras e açúcares, tendo em vista o oferecimento de maior palatabilidade. O mais preocupante nessa constatação é que crianças e adolescentes não mais se enquadram como apenas receptores de publicidade, mas também transmissores e promotores das marcas que lhes são ofertadas pelas quais possuem um sentimento de afetividade. Por conseguinte, repassam a outras crianças suas experiências e contribuem para uma sensação de pertencimento ao grupo social,

bem como para a disseminação de fatores que influenciam externamente no desenvolvimento da obesidade infantil.

Para Vivarta (2013, p. 10) a temática da publicidade seja ela *ciber* ou não merece atenção especial tendo em vista ser um fator externo relevante para impulsionar o consumo das crianças. Para, além disso, contribui para a formação de hábitos alimentares não saudáveis que serão levados para a vida toda, em especial com relação a bebidas altamente calóricas e alimentos com baixo valor nutricional, o que vem contribuindo para uma verdadeira epidemia de obesidade infantil.

Tal relação vem responsabilizar a tríplice rede de proteção integral, em especial a sociedade, especificamente as empresas e o setor publicitário pela violação do direito fundamental à saúde dos infantes, bem como a sua dignidade humana pois, o desenvolvimento de hábitos alimentares não saudáveis, além de contribuir para a obesidade infantil, também influenciarão de forma negativa no aparecimento de outras doenças crônicas não transmissíveis como problemas cardiovasculares e diabetes, os quais serão levados até sua vida adulta.

No Brasil não há lei específica que regulamente a publicidade infantil nem a ciberpublicidade. Contudo, dispostos normativos com referência a publicidade enganosa e abusiva são encontrados no Código de Defesa do Consumidor, Arts. 36 e 37 (BRASIL, 1990). Registra-se ainda, a existência de um Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, o qual possui o poder apenas recomendativo e fiscalizador nas mídias tradicionais. Em se tratando do ciberespaço não há qualquer fiscalização e medida punitiva, o que facilita o discurso persuasivo do setor publicitário e das empresas (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR, 2018).

Ademais cumpre mencionar a Resolução 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, a partir da qual, fica proibido, o direcionamento às crianças de anúncios impressos, comerciais televisivos, promoções,

merchandising e comunicações mercadológicas no interior de escolas de educação infantil e de ensino fundamental, inclusive nos uniformes escolares e materiais didáticos considerando abusiva toda publicidade direcionada a criança (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, 2014).

Fato importante a destacar nessa seara foi a notícia de que o Governo e empresas firmam acordo para diminuir açúcar em comida industrializada, cuja meta é retirar 144,6 mil toneladas de açúcar da composição dos alimentos até 2022, sendo que as empresas envolvidas no acordo representam 87% do mercado em que atuam. Apesar dos índices de diminuição serem previstos para ter diminuição de forma gradual, representam uma grande conquista, já que alimentos de 23 categorias, divididos em cinco grupos entraram no acordo (bebidas adoçadas, biscoitos recheados, bolos prontos e misturas para bolos, achocolatados em pó e produtos lácteos), grande parte deles, alvo de consumo de crianças e adolescentes. (GOMES, 2018)

Por fim, imperioso destacar a existência do Projeto de Lei nº 5.921/2001 de autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly, com o intuito de regular no Código de Defesa do Consumidor, norma específica que além de proibir, possa também punir a publicidade de produtos infantis que venham trazer qualquer malefício ao desenvolvimento saudável e seguro dos infantes, sob a ótica do princípio da proteção integral. No entanto, o Projeto se encontra na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados para a devida apreciação há 17 anos e sua situação atual⁸ está sujeita a apreciação do plenário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Logo, para além de um aparato normativo é preciso que a tríplex rede de proteção integração, especialmente o terceiro setor, reconheça que crianças e adolescentes encontram-se em um processo peculiar de desenvolvimento e portanto, são incapazes de discernir sobre o discurso ciberpublicitário. É preciso se colocar no

⁸Informação atualizada até o dia 01 de setembro de 2018.

lugar do outro e, de fato, se responsabilizar por um desenvolvimento saudável das presentes e futuras gerações. Não se está a falar em extremismos, mas em se pensar em novas formas capazes de efetivar os direitos dos infantes por meio de uma contribuição ativa por meio dos atores da proteção integral visando o bem comum e, não apenas, o lucro.

Considerações finais

Os apontamentos iniciais prestaram-se a elencar um breve apanhado histórico e evolutivo dos Direitos da Criança e do Adolescente no que tange a Doutrina da Proteção Integral. Nessa seara, salientou-se o reconhecimento dos infantoadolescentes como sujeitos de direitos e, portanto, merecedores de proteção em sua integralidade responsabilizando a tríplice rede de proteção formada pela Família, Estado e Sociedade no tocante a proteção e aplicação dos direitos e garantias fundamentais inerentes aos infantes.

Nessa seara elencou-se os aparatos normativos vigentes relacionados ao Direito fundamental à Saúde no Brasil, sobretudo aqueles que visam resguardar esse direito em prol da infância. Portanto, restando comprovado o dever do Estado em proporcionar por meio de políticas públicas, acesso igualitário e prioritário para crianças e adolescentes no Sistema único de Saúde – SUS. Contudo apresentou-se os problemas e as dificuldades atuais da saúde pública brasileira salientando que o direito a saúde no Brasil possui um longo caminho em busca de sua efetivação.

Após, demonstrou-se os contornos da ciberpublicidade no contexto da sociedade em rede, suas novas estratégias, bem como seu discurso afetivo por meio da experiência. Ademais, sua nova lógica e vigilância constante, o que acaba por colocar crianças e adolescentes em total hipervulnerabilidade frente aos desejos consumeristas, visto se tratar de um grupo em desenvolvimento físico, psíquico e moral, portanto incapazes de discernir sobre os estímulos ciberpublicitários. Em resposta ao problema proposto,

foi possível concluir por meio das constatações da ciência médica e psicológica, bem como a partir de breves demonstrações das estratégias ciberpublicitárias que a influência da ciberpublicidade, enquanto fator externo contributivo para o consumo de produtos com alto teor de sódio, gorduras e açúcares, acaba contribuindo efetivamente para o desenvolvimento de doenças precoces como nos casos de obesidade infantil. Ademais, registrou-se brevemente os aparatos normativos existentes, os quais fazem menção a publicidade infantil no Brasil. Contudo, verificou-se que não há norma regulamentadora específica e que, as existentes, mostraram-se ineficientes.

Destarte, registra-se a responsabilidade da tríplice rede de proteção integral frente ao problema, ao passo que todos devem estar atentos a um desenvolvimento digno e saudável dos infantes. Em especial elencou-se a responsabilidade das empresas e do setor publicitário que manipulam e manobram com os sentimentos dos infantes por meio de estratégias/experiências criativas e inovadoras visando atraí-los para o consumo de alimentos danosos a sua saúde por meio de um discurso que visa induzir a afetividade com a marca e o produto e, ainda, a propagação desses para os grupos sociais.

Tais ações, demonstram que tanto as empresas, quanto o setor publicitário estão estritamente preocupados com a obtenção de lucro deixando de lado o reconhecimento de que criança e adolescentes encontram-se em um processo de formação e, portanto, são incapazes de discernir sobre o bem e o mal. Logo, vê-se na tríplice rede de proteção integral formada pela família, sociedade e Estado a responsabilidade pela efetivação do direito fundamental à saúde frente as estratégias ciberpublicitárias. A família possui um papel de controle de extrema importância, enquanto o Estado, pelo dever de provisão, deve pensar em mecanismos fiscalizadores e capazes de frear o problema considerado hoje uma das grandes epidemias brasileiras.

Referências

ATEM, Guilherme Nery; OLIVEIRA, Thaiane Moreira de; AZEVEDO, Sandro Tôrres de. **Ciberpublicidade**: discurso, experiência e consumo na cultura transmidiática. Rio de Janeiro: E-Papers, 2014.

ATEM, Guilherme Nery; TAVARES, Mariana Aires. O *phatos* discursivo na ciberpublicidade. In: ATEM, Guilherme Nery; OLIVEIRA, Thaiane Moreira de; AZEVEDO, Sandro Tôrres de (Orgs). **Ciberpublicidade**: discurso, experiência e consumo na cultura transmidiática. Rio de Janeiro: E-Papers, 2014

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Senado Federal. Brasília, 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Senado Federal. Brasília, 1990.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Senado Federal. Brasília, 1990.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5921/2001**. Acrescenta parágrafo ao Art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 que dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providencias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>>. Acesso em 01 de set. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

_____. **A Galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **O poder da comunicação**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - CETIC. BR. **Pesquisa Tic Domicílios Brasil, 2016**. Disponível em:<>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Pesquisa TickKids Online Brasil, 2016**. Disponível em: <<http://cetic.br/pesquisa/kids-online/indicadores>>. Acesso em: 05 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR. **Sobre o Conar**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

DÂMASO, Ana; *et al.* Etiologia da obesidade. In: DÂMASO, Ana (Org). **Obesidade**. -2.ed. – Rio de Janeiro: Guanbara Koogan, 2009.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO: **Resolução nº 163, de 13 de março de 2014**. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>>. Acesso em: 04 de abr. 2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FISBERG, Mauro. **Atualização em obesidade na infância e adolescência**. São Paulo: Atheneu, 2005.

GOMES, Pedro Henrique. Governo e empresas firmam acordo para diminuir açúcar em comida industrializada. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/governo-empresas-firmam-acordo-para-diminuir-acucar-em-comida-industrializada-23261317>. Acesso em: 27 nov 2018.

IBOPE NIELSEN ONLINE. **Os filhos da era digital**: dados demográficos. Disponível em: <<http://www.nielsen.com/br/pt/insights/news/2015/Os-filhos-da-era-digital.html>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

LEÃO, Danuta; *et. al.* A CiberPublicidadeInfantil : experiência, linguagem e consumo. In: **XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação** – São Paulo, 2016, p. 1-15. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2130-1.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**: tradução de Carlos Irineu da Costa. - Ed 34. São Paulo:, 1999.
- LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte. **Breve Histórico das Crianças e dos Adolescentes e as Inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 12.010/09**. São Paulo, 2013.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos** - Barueri, SP: Manole, 2003.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – PORTAL DA SAÚDE. **Vigitel 2016**: hábitos dos brasileiros impactam no crescimento da obesidade e aumenta prevalência de diabetes e hipertensão. Disponível em: <>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- PALFREY, John; GASSER, Urs. **Nascidos na era digital**: entendendo a primeira geração dos nativos digitais. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da criança e do adolescente** – Uma proposta interdisciplinar – 2ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011
- SANTAELLA, Lucia; MENDONÇA, Maria Collier de. Reconfigurações da publicidade no ciberespaço: um cenário em construção. In: ATEM, Guilherme Nery; OLIVEIRA, Thaianie Moreira de; AZEVEDO, Sandro Tôrres de (Orgs). **Ciberpublicidade**: discurso, experiência e consumo na cultura transmidiática. Rio de Janeiro: E-Papers, 2014.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, Rosane Leal da. **A proteção integral dos adolescentes internautas**: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2009

_____. O direito da criança e do adolescente desafiado pela era digital: repensando a prevenção especial em face de conteúdos prejudiciais e ilícitos difundidos na internet. In. VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. (Org) **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 277-296.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Obesidade na infância e adolescência**: manual de orientação departamento de nutrologia. Disponível em: <>. Acesso em: 17 jul. 2017.

VERONESE, Joseane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito – cidadão. IN: WOLKMER, Antônio Carlos, MORATO, José Rubens (orgs). **Os direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIVARTA, Vett. **Saúde em pauta saúde e qualidade de vida no olhar da imprensa sobre a infância**. São Paulo: Cortez, 2003.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global Nutrition Targets 2025 Childhood Overweight Policy Brief**. Disponível em: <>. Acesso em: 17 jul. 2017.

O instituto do apadrinhamento afetivo e seu impacto no regime atual de adoção brasileiro¹

Maria Lucia Galvane Baschirotto²

Introdução

O presente artigo trata a respeito da promulgação da Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017, especialmente na necessidade de estudar a inserção do instituto do apadrinhamento e o impacto do disposto no art. 19-B, § 2º, da nova Lei nos processos de adoção. De fato, existe relevância em analisar, quando introduzidos novas previsões no ordenamento jurídico, a repercussão por essas proporcionada, o que se pretende averiguar nesse momento.

Nesse sentido, inicialmente, importa estudar o instituto do apadrinhamento que, considerado a maior inovação da nova Lei, surge com o escopo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes recebidos pelas instituições e que há tempos nelas vivem, sem esperanças de retornar à família natural, extensa ou de serem beneficiados pela adoção. O apadrinhamento entende, portanto, pela necessidade de estreitar os laços de crianças e adolescentes acolhidos que, infelizmente, já se encontram sem esperanças de reinserção no núcleo familiar e

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do título de bacharel do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Josiane Rose Petry Veronese, em 4 de dezembro de 2018.

² Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: malugbb@gmail.com.

comunitário, o que é de absoluta importância ao seu desenvolvimento.

Por essa razão, cabe realizar a devida análise a fim de entender no que consiste o perfil da criança e do adolescente prioritário previsto pela nova lei, a ser definido no âmbito específico de cada programa de apadrinhamento afetivo, respeitadas as particularidades de cada realidade vivida.

Nesta seara, a importância da Lei n. 13.509 de 2017 para este artigo consiste na previsão, entre outras, do artigo 19-B, § 2º, que dispõe a respeito do requisito para os interessados em apadrinhar, impossibilitando-os de estarem inseridos no cadastro para adoção, opção do legislador que tem fomentado divergências e controvérsias sobre o assunto. Conforme será explanado, existem expressivas divergências a respeito desse dispositivo, uma vez que, a depender da hipótese no caso concreto, este estaria representando um desserviço a muitas crianças e adolescentes, as quais se encontram há anos abrigados institucionalmente e sem perspectiva de adoção.

Isso ocorre porque, não raras vezes, o apadrinhamento representa um potencial instrumento eficiente e capaz de proporcionar a construção de laços afetivos tão estreitos a ponto de suscitar nesses padrinhos o nobre desejo de adotar o seu respectivo afilhado.

Portanto, o presente estudo recorre ao método dedutivo, mediante técnica de pesquisa documental e bibliográfica, para se dedicar à análise da relação existente entre os institutos do apadrinhamento afetivo e o regime de adoção brasileiro, especialmente na hipótese de crianças e adolescentes acolhidas institucionalmente com remotas possibilidades de virem a ser inseridos permanentemente em um núcleo familiar.

Essa discussão não seria selecionada para este trabalho ao acaso. Esse dispositivo em específico foi vetado pelo Presidente da República no Projeto de Lei n. 5.850 de 2016, de autoria do deputado federal Augusto Coutinho (SD/PE), que culminou na Lei

atual. Posteriormente, essa oposição foi derrubada por unanimidade do Congresso Nacional, mantendo-se na legislação. Logo em seguida à promulgação da Lei 13.509 de 2017, o senador Garibaldi Alves Filho (MDB/RN) apresentou nova proposta de alteração (Projeto de Lei do Senado n. 221 de 2018), justamente para que fosse rediscutida essa questão.

O fato é que a relevância desse disposto tem movimentado a ordem legislativa e os atuantes da área, de modo que se torna evidente a necessidade de aprimoramento de estudos a esse respeito, aspecto que merece a devida atenção. Não se pode ignorar a manifestação de influentes operadores e envolvidos nas causas infantoadolescentes, uma vez que estes são as melhores formas de contato e comunicação entre poder legislativo à realidade vivenciada na prática por crianças e adolescentes.

Por fim, e justamente o que se pretende aprofundar em seguida, o instituto do apadrinhamento oferecido a crianças e adolescentes em programa de acolhimento institucional ou familiar, mecanismo utilizado para resguardar o direito à convivência familiar e comunitária. Trata-se de alternativa à efetivação de direito fundamental de extrema importância para o desenvolvimento de indivíduos em desenvolvimento.

1 O instituto do apadrinhamento: conceito e principais objetivos

O programa do apadrinhamento afetivo “já vinha sendo desenvolvido na esfera do sistema de justiça em algumas comarcas e Estados”, segundo Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 238). Isso porque há tempos encontra fundamentação para sua implantação, respaldado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e pelo artigo 227 da Constituição Federal da República de 1988.

Adiante, no ano de 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à

Convivência Familiar e Comunitária, de fato, estabeleceu diretrizes para a elaboração deste projeto em prol de crianças e adolescentes abrigados em instituições, com base ainda no artigo 92 do Estatuto, o qual aborda princípios a serem adotados pelos programas de acolhimento.

No entanto, tardiamente, sua previsão legal foi inaugurada somente pela Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017, a qual trouxe a definição expressa do instituto do apadrinhamento, contemplada pelo § 1º do seu artigo 19-B:

Art. 19-B [...]

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. (BRASIL, 2018)

De maneira generalizada, o surgimento de novos institutos, sejam regulamentados ou não, normalmente fomentam e ganham destaque em razão da falha, da ineficiência, ou simplesmente da incompletude de outros. A origem do instituto do apadrinhamento não foi diferente: encontrou sua lacuna justamente nas imperfeições do programa de acolhimento institucional, popularmente conhecido como “abrigo”, nomenclatura esta alterada pela Lei n. 12.010 de 2009.

Para melhor compreensão, deve-se entender que o acolhimento institucional consiste em medida específica de proteção prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 101, inciso VII, com o objetivo essencial de resguardar direitos infantoadolescentes em ameaça ou violação, a partir da suspensão ou perda do poder familiar daqueles que o detinham. Para o seu êxito das ditas “medidas de proteção”, é crucial que estas tenham “respaldo em programas e serviços de qualidade e adequadamente planejados (pensando nas especificidades

inerentes ao público infantoadolescente), organizados, operados por profissionais qualificados e comprometidos com o resultado”, segundo Digiácomo (2014).

Assim sendo, transfere-se às instituições a responsabilidade de “zelar pela integridade física e emocional de crianças e adolescentes que tiveram seus direitos desatendidos ou violados, seja por uma situação de abandono social, seja pelo risco pessoal a que foram expostos pela negligência de seus responsáveis”, conforme explicam Silva e Aquino (2005, p. 186).

Ainda que esse compromisso não seja exclusivo das instituições de acolhimento, torna-se evidente que estes espaços desempenharão função determinante na vida de crianças e adolescentes institucionalizados e, por essa razão, a execução do programa requer total atenção. Assim sendo, Silva e Aquino (2005, p. 186) afirmam:

Isso requer que, enquanto durar a aplicação da medida, **os abrigos contribuam com os demais atores da rede de atendimento no sentido de buscar manter os vínculos familiares das crianças e adolescentes abrigados e de apoiar as famílias a receber seus filhos de volta e a exercer de forma adequada as suas funções.** Além disso, essas instituições devem empreender ainda outros esforços no sentido de **propiciar o direito à convivência familiar e comunitária na rotina do atendimento**, tendo em vista especialmente aqueles casos em que o retorno à família se mostra inviável e as **crianças e os adolescentes têm que permanecer nos abrigos por um tempo considerável** até se integrarem à outra família. (grifou-se)

Existe, portanto, a preocupação em relação ao cotidiano de crianças e adolescentes institucionalizados, especialmente no que se refere à garantia de seu direito à convivência familiar e comunitária. Por isso, é importante frisar o caráter provisório e excepcional da medida, atributo preconizado pelo parágrafo primeiro do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 101 [...]

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (BRASIL, 2018)

A previsão deste disposto se justifica por se tratar de “uma forma de institucionalização, que, com seus coniventes, não é recomendável para a formação da personalidade de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento”, nas palavras de Liberati (2008, p. 86). Nesse sentido, inclusive, reitera-se que a Lei n. 13.509 de 2017 reduziu o prazo máximo para estância nas instituições, passando de dois anos para dezoito meses, salvo em virtude do melhor interesse da criança e do adolescente, fundamentado por decisão de autoridade judiciária.

Ocorre que, em que pese a orientação encontre respaldo expresso no arcabouço jurídico, a realidade destoava de maneira desgovernada. É inegável a sua relevância quanto ao objetivo inicialmente proposto pelas instituições de acolhimento: obstar ameaça ou violação de direitos infantoadolescentes. No entanto, quando analisada sua execução, verifica-se que a excepcionalidade e a provisoriedade não são devidamente respeitadas por diversos motivos circunstanciais, ocorrendo casos em que a permanência da criança ou do adolescente perdura por vários anos.

É justamente nesta limitação que macula o programa de acolhimento. Este cenário dá margem para que o exercício de outros direitos seja lesado, como por exemplo, o direito à convivência familiar e comunitária, de absoluta importância para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, que não pode ser desprezado em razão dos demais. É uma forma de evitar que o acolhimento, ainda que tenha na sua proposta a ideia nobre de romper com o estado de ameaça ou violação de direitos, passe a privar direitos essenciais do infante. Ou seja, este consiste na

conciliação entre as finalidades do acolhimento institucional e o direito à convivência familiar e comunitária.

Nessa situação em que existe a possibilidade de que a estadia prolongada possa vir a resultar em problemáticas sociais, o instituto do apadrinhamento encontra seu espaço, uma vez que seu objetivo principal é a promoção de experiências e referências afetivas que as instituições não são capazes de oferecer com a mesma suficiência. A sua proposta consiste em suprir o afastamento provocado pelo acolhimento promovendo o contato e a estimulação social da criança e do adolescente por intermédio da figura do padrinho e/ou da madrinha, o qual se veste da responsabilidade e do compromisso de manter uma relação estável e duradoura. Pelas palavras de Luiza de Carvalho Fariello (2015), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traz a seguinte definição:

O apadrinhamento afetivo é um programa voltado para crianças e adolescentes que vivem em situação de acolhimento ou em famílias acolhedoras, com o **objetivo de promover vínculos afetivos seguros e duradouros entre eles e pessoas da comunidade que se dispõem a ser padrinhos e madrinhas.** (grifou-se)

Ou seja, o apadrinhamento confere a crianças e adolescentes que tiverem infelizes experiências na sua rede de apoio familiar a possibilidade de reconstruir novas referências afetivas. Portanto, o instituto do apadrinhamento representa, acima de tudo, um mecanismo criado para efetivar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária que não vinha encontrando subsídios para seu exercício no contexto dos acolhimentos institucionais. Nascimento e Malveira (2017) afirmam:

A criança e o adolescente podem aprender e ser orientados por padrinhos para que evoluam em suas vidas e não absorvam com mais intensidade a complexidade das relações sociais que já tiveram.

Nesse sentido, vale salientar que, para que o programa logre êxito nos seus propósitos, as circunstâncias demandam sério comprometimento e prévia capacitação dos atores sociais envolvidos. Significa dizer que, nesta conjuntura, é preciso que os padrinhos e as madrinhas estejam aptos a compreender a realidade do infante, que, muitas vezes, está revestida de sentimentos de descrença e ingratidão. Assim, seleciona-se aqueles que voluntariamente se posicionam como interessados em auxiliar na recuperação do bem estar e do contentamento desses indivíduos, a fim de evitar frustrações pessoais e insucesso no objetivo do projeto.

Para isso, a referida Lei n. 13.509/2017 prevê requisitos ao exercício do apadrinhamento, quais sejam: pessoa maior de dezoito anos; pessoa não inscrita nos cadastros de adoção; e demais exigências elaboradas pelos programas (BRASIL, 2017). Ademais, o programa restringe que cada candidato apadrinhe somente um infante, a fim de que seja respeitada a individualização do acolhido. Dentre outros, pode ser exigido, ainda, que o pretendente não esteja envolvido em processos judiciais nos quais crianças e adolescentes estejam comprometidas.

Ainda assim, não basta que os candidatos a padrinho ou madrinha cumpram os requisitos legais. Os interessados deverão ser analisados e revistos sob a ótica do programa, a fim de identificar ou não o perfil desejado em cada um deles. Esse olhar envolve critérios bastante subjetivos, como disponibilidade afetiva, ambiente familiar adequado e receptivo, podendo, em muitos casos em caráter obrigatório, serem oferecidas oficinas preparatórias de sensibilização, com o objetivo de demonstrar aos pretendentes o que poderá vir a ser enfrentado por eles.

Esse levantamento a respeito do perfil dos futuros padrinhos é de essencial importância, representam a preocupação em torno da responsabilidade social que está presente na estrutura do programa. Trata-se de verdadeira conscientização dessas pessoas,

para que façam a reflexão e entendam a dimensão a respeito da sua decisão de participar da vida de uma criança ou um adolescente, conforme alertam Goulart e Paludo (2014).

Vale mencionar que, da mesma forma como os candidatos passam por capacitação, as crianças e os adolescentes a serem apadrinhados também serão devidamente instruídos por meio de cursos preparatórios, a fim de que exista clareza a respeito do programa para todas as partes. Dessa forma, será oportunizado aos infantes a sua manifestação pessoal e individual quanto às suas expectativas a respeito do perfil dos futuros padrinhos e madrinhas, dando voz a estes indivíduos que são os maiores interessados no programa.

A definição do perfil da criança a ser apadrinhada será de responsabilidade de cada programa de apadrinhamento, priorizando aquelas que se encontram em situação de “remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva”. Em comparativo ao Estatuto, o CAOPCAE do Ministério Público do Estado do Paraná comenta um dos dispositivos trazidos pela nova Lei:

Ficará a cargo de cada programa municipal de acolhimento a definição de normas específicas, mas dá-se prioridade de colocação de crianças e adolescentes com remota inserção familiar ou colocação em família substituta. A ideia é assegurar para estas crianças e adolescentes a necessária convivência familiar e comunitária que a instituição de acolhimento tem dificuldade em suprir, bem como a criação de vínculos afetivos que servirão de suporte para toda a vida, primordialmente naquelas situações onde não se consegue a colocação em família substituta, e o jovem sai do acolhimento para a vida adulta e autônoma. (CAOPCAE-MP/PR, 2018)

Os pormenores de cada programa de apadrinhamento serão definidos em âmbito local, a fim de que sejam atendidas as especificidades de realidades distintas, nas mais diversas regiões, o que é de extrema importância para a adequação e êxito dos

projetos. Portanto, essa autonomia de atuação, aliada à observância dos requisitos basilares trazidos em lei, confere o equilíbrio necessário à gestão do instituto sem que se desvie dos principais propósitos. Segundo Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 240):

Apesar de a lei não prever expressamente, é certo que deverão ser estabelecidos critérios de seleção e formas de acompanhamento dos “padrinhos”. Do mesmo modo, há que se estar atento para a necessidade de acompanhamento psicológico para que a criança e o adolescente saibam, efetivamente, que não serão adotados, pois isso poderá causar muita frustração diante do eventual descomprometimento do padrinho. Por isso, são muito importantes profissionais especializados na execução desse tipo de programa.

A respeito da inserção do programa no diploma jurídico, Maria da Penha Oliveira, coordenadora do apadrinhamento afetivo da entidade Aconchego – Grupo de Apoio à Convivência Familiar e Comunitária, programa localizado na cidade de Brasília no Distrito Federal e pioneiro no Brasil, propõe a seguinte perspectiva de análise do instituto:

O que que é importante? É que a gente concretize uma coisa de solidariedade, que não é mais uma coisa só de boa vontade. Acho que estar na lei nos traz um pouco desse olhar de responsabilidade, de compromisso social. A lei traz os dois lados: o adulto que necessita, que gosta, que quer, que tem tempo de ser solidário, de participar ativamente da vida de uma criança, assim como, de outro lado, a criança e adolescente que precisa desse cuidado, que precisa desta referência na vida. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018)

Brevemente, a autora aborda o instituto sob o prisma da conscientização dos padrinhos e madrinhas, enfatizando ainda que estes indivíduos precisam ser responsáveis. “A criança que não teve vínculos precisa de previsibilidade, constância, não alguém que só apareça no Natal ou no Dia das Crianças”, afirma a Maria da

Penha em entrevista ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Na ocasião, a psicóloga ressalta ainda a importância de atentar os interessados em participar do programa a respeito da interferência causada pelo apadrinhamento no desempenho acadêmico e no aprendizado de crianças e adolescentes:

E quando não se tem o vínculo social, vai dificultando a vida escolar. A maioria dos acolhidos tem um nível baixo de escolaridade, e o padrinho e a madrinha não podem ser mais um. Vão fazer a diferença na vida dele, não são mais um 'tio' que está ajudando a cuidar. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015)

Dessa forma, nota-se que o instituto do apadrinhamento transcende a ideia de garantir o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária. Os programas apresentam vantagens em situações que sequer constavam como objetivos essenciais inicialmente, ou seja, o alcance de suas benesses é inestimável. Este projeto abrange e compreende a complexidade do desenvolvimento da criança e do adolescente como um todo, inclusive considerando os episódios pregressos deste indivíduo, o que é fundamental para a viabilidade de novas perspectivas para seu futuro. Este é o cenário em que atua a figura de um padrinho e de uma madrinha, os quais são os articuladores que, juntamente com as instituições de acolhimento, concretizam a verdadeira transformação na vida de crianças e adolescentes.

2 A definição do perfil de criança e adolescente prioritário no atendimento pelo instituto

Como dito no tópico anterior, o instituto do apadrinhamento afetivo³ detém de certa margem de autonomia de atuação,

³ Sobre o tema, a Lei n. 13.509 de 2017, no seu artigo 19-B, § 3º, prevê a possibilidade do exercício do apadrinhamento por pessoas jurídicas, no sentido de permitir que estas colaborem com o desenvolvimento de crianças e adolescentes. No entanto, entende-se que essa modalidade está naturalmente limitada ao suporte financeiro, uma vez que é impensável cogitar a existência de relação afetiva a partir de pessoas jurídicas.

característica essa encarregada de conferir melhor harmonização do programa a cada realidade, alinhando o seu funcionamento aos objetivos específicos e essenciais do projeto, sendo devidamente respeitadas as particularidades.

Por essa razão, a Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017, ao conferir a previsão legal ao instituto, optou por utilizar-se de expressões genéricas, o que tornou seus dispositivos até mesmo superficiais, de certa forma. A exemplo disso, tem-se na sua redação o seguinte aparato:

Art. 19-B [...]

§4º O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. (BRASIL, 2017)

Assim sendo, cada programa poderá organizar sua própria logística, de modo que seja minuciosamente conivente com a coletividade na qual estará inserido. Nesse sentido, o dispositivo prevê a necessidade de que seja respeitado um dos propósitos do instituto: a priorização do atendimento a crianças e adolescentes com remota perspectiva de retorno a sua família natural ou de ser adotado.

Isso ocorre porque a existência do instituto do apadrinhamento se estabelece justamente em razão dessa problemática enfrentada pelas instituições de acolhimento que, na maioria das vezes, não são capazes de satisfazer o requisito de provisoriedade da medida de proteção, como orienta o ordenamento jurídico. O prolongamento da estadia de crianças e adolescentes, situação que pode perdurar por anos, reduz drasticamente a sua probabilidade de voltar a conviver no seio familiar. A esse respeito, conforme explica a advogada Livia Teixeira Leal (2015), este impasse é fruto, principalmente, da

preferência por alguns perfis de crianças e adolescente, em razão da afeição por determinados biótipos que está enraizada neste contexto:

Um problema notável nas instituições de acolhimento é a constatação de crianças e adolescentes que se encontram em um verdadeiro limbo: não podem ser reintegrados à família natural, não fazem parte do perfil desejado por brasileiros, não são elegíveis, em tese, à adoção internacional e, ao completarem 18 anos, serão lançadas ao mundo.

Nessa situação, o estado de insegurança e incerteza, vivido por essas crianças e por esses adolescentes que se encontram na situação descrita, fomenta o sentimento inicial por estar em acolhimento institucional, imbuído de desesperança e angústia. Isto é, esses indivíduos já haviam sido afastados de experiências desfavoráveis ao seu desenvolvimento, de possibilidades reais e até mesmo concretas de violação de seus direitos fundamentais. Somado a isso, deparam-se com a grave dificuldade de suprir a escassez de vínculos afetivos apropriados no contexto das instituições.

Portanto, em razão disso, o enfoque dado pelo instituto reside justamente na necessidade de buscar alternativas para estes indivíduos que, desfavorecidos em razão das preferências de adotantes, demandam programas efetivamente capazes de garantir o seu desenvolvimento no ambiente familiar adequado, assegurado seu direito à convivência familiar e comunitária. “O apadrinhamento abre porta para aquelas crianças que não são visíveis”, afirma Rosi Prigol, presidente do Instituto Amigos de Lucas, fundado em outubro de 1998 em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul.

É compreensível que os futuros adotantes tenham preferências e idealizem o retrato da criança ou do adolescente que pretendem assumir. No entanto, se pretendida a rigor, essa

expectativa tão restritiva será mais do que suficiente para frustrar os envolvidos e os objetivos do processo de adoção.

Isso porque a realidade é que as características mais procuradas nesse contexto – crianças do sexo feminino, de pele branca, com idade de até dois anos – é extremamente incomum. No “Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede Serviço de Acolhimento” – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), realizado em 2003, foram analisadas cerca de 20 mil crianças que vivem em 589 abrigos por todo o Brasil. Nos resultados, constatou-se que mais de 60% são negros e possuem idade entre sete e quinze anos, sendo majoritariamente meninos, dado que cresce proporcionalmente à faixa etária do acolhido (SILVA, 2004).

Essas informações são o reflexo do preconceito existente na sociedade brasileira, característica histórica cultural que infelizmente ainda prejudica em muito a esperança desses jovens. Esta maioria que se encontra nas instituições confere justamente com o perfil que, em épocas passadas, era aquele considerado “marginalizado” pela população. Inevitável e indissociavelmente, em que pese exista ainda atualmente muito esforço no sentido contrário, os fatos retratam a perpetuação da discriminação e estigmatização que há séculos já vingava no Brasil.

Ainda nessa pesquisa, verificou-se que mais de 40% dos entrevistados encontra-se institucionalizado em razão da carência de recursos financeiros de sua família e abandono pelos pais ou responsáveis. Ou seja, o acolhimento se apresenta como uma alternativa a pessoas carentes, desesperançadas e sem perspectiva de melhorar suas condições. A respeito das causas existentes que possam motivar a decisão de entregar os filhos para uma instituição, o que geralmente encontra-se atrelado ao contexto de pobreza, Motta (2001, p. 152) conclui:

Seu desejo de progredir e vir a ter filhos com os quais possa permanecer, a consciência de sua fragilidade quanto às drogas e

promiscuidade, a falta de apoio familiar e social são alguns dos fatores que nos pareceram ter forte influência na decisão de entregar os dois bebês em adoção, além, é claro, da carência de condições socioeconômicas.

O que anteriormente era feito em razão especialmente de pressão e padrões sociais, atualmente se dá em razão do desejo precípuo e basilar de garantir os direitos fundamentais de seus filhos. Ainda que existam diferenças na trajetória de cada família e não se possa generalizar, ainda que muitas famílias mesmo que sem poder aquisitivo optam por enfrentar essas dificuldades, é inegável que a condição socioeconômica consiste em um dos aspectos de maior propulsão a essa decisão.

Interpretando os índices a respeito dessa realidade, Silva (2004) conclui e alerta “que a pobreza, ao aumentar a vulnerabilidade social das famílias, pode potencializar outros fatores de risco, contribuindo para que crianças e adolescentes mais pobres tenham mais chances de ver incluídos na sua trajetória de vida episódios de abandono, violência e negligência”, ou seja, “a condição socioeconômica precária das famílias, ao impor maiores dificuldades para a sobrevivência digna do grupo familiar, funcionaria como um elemento agravante e desencadeador de outros fatores de risco preexistentes”.

É no mínimo lamentável visualizar e constatar que, mesmo após todo esse processo de reestruturação doutrinária e legislativa, ainda que tenha havido preocupação detalhada e minuciosa, seja na terminologia utilizada, a fim de corrigir o diálogo a respeito do assunto, seja na prática, para efetivar os direitos infantoadolescentes, especialmente desta maioria, é incontroverso o quanto há de ser aperfeiçoado. É importante destacar as evoluções nesse contexto, sobretudo para que os equívocos não se perpetuem. No entanto, é indispensável encarar a realidade dessas crianças e adolescentes como uma esfera a ser constantemente examinada.

Essa questão, inclusive, foi trazida pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (BRASIL, 2006, p. 53) que na sua redação expressa o seguinte enunciado:

O que ainda não se reconheceu suficientemente e que precisa ser continuamente lembrado e argumentado é que, muito além de ser “atual”, esta situação da infância e da adolescência em situação de pobreza no Brasil é histórica. As crianças e adolescentes pobres sempre enfrentaram os riscos e as práticas de exclusão e de exploração social. Uma breve visita à história revela crianças e adolescentes na condição de escravos, explorados nas minas auríferas, pequenos marinheiros de século XIX, crianças e adolescentes que trabalhavam jornadas de mais de doze horas diárias nos primórdios da indústria nacional ou que estavam secularmente envolvidos no trabalho rural.

Atribuir a pobreza das crianças e adolescentes ou a violação de seus direitos às mudanças ocorridas na estrutura familiar é incorrer em uma séria distorção da história da infância e da adolescência no país. **Pois é justamente considerando a história que podemos perceber a persistência das desigualdades e das injustiças apontando para um complexo de fatores econômicos, sociais e culturais. É através dela que podemos pensar na defesa da equidade e no combate à iniquidade que, como já discutido neste Plano, são elementos centrais na defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.** (grifou-se)

O propósito do apadrinhamento afetivo, portanto, origina-se justamente dessa análise a respeito dos aspectos em que as instituições de acolhimento não funcionaram. Infelizmente, verifica-se que, em certa medida, a medida não foi capaz de reintegrar crianças e adolescentes que historicamente são desfavorecidas. Por conta disso, o perfil ao qual se pretende dar enfoque, neste programa, são aqueles que foram discriminados em diversos momentos. Pretende-se superar o perfil de acolhido com remota probabilidade de adoção para dar espaço a um futuro

jovem adulto autoconfiante, determinado e promissor. Nessa função é que atuará o esforço dos padrinhos, os quais representarão as mais variadas e importantes referências no desenvolvimento de uma pessoa: convivência, família, zelo, admiração e afeto.

Assim sendo, o instituto se projeta no cenário das instituições de acolhimento para amenizar os malefícios sofridos por crianças e adolescentes que há tempos já não vislumbram a perspectiva da adoção. A partir da orientação e dos exemplos de padrinhos e madrinhas devidamente instruídos e capacitados, esses acolhidos em algum momento sairão da entidade com outra perspectiva, com olhar mais esperançoso em direção ao futuro e motivados a construir sua própria família. A psicóloga Maria da Penha de Oliveira, na entrevista ao Conselho Nacional de Justiça anteriormente mencionada, destaca:

Essas crianças sabem que as chances de adoção são remotas, e que eles têm que se cuidar para sua própria vida. Podem aprender com o padrinho como funciona uma família para construir a sua um dia. A gente orienta que os padrinhos não façam só programas de lazer, mas que deixem essas crianças participarem da rotina real das famílias, como ir ao supermercado, lavar o carro, etc. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018)

A ideia do programa também é uma forma de insistir em constante recuperação e aperfeiçoamento do suporte dado a crianças e adolescentes. Reconhece-se a falha – nas instituições de acolhimento – e a partir desta, criam-se novas alternativas em prol do desenvolvimento infantoadolescente.

Há de se reconhecer, por fim, a nobreza e a persistência com que se aprimora o Direito da Criança e do Adolescente, seja no embasamento teórico e jurídico ou na execução das políticas públicas. Essa disposição é indispensável a esses indivíduos, especialmente em tempos tão rasos e efêmeros. A interminável preocupação a respeito da realidade infantoadolescente é

responsável pelo desejo insaciável de evolução nessa área de atuação. Ainda que as dificuldades para aplicação de diversos projetos sejam inúmeras, esse posicionamento em defesa incondicional da população jovem é vital para milhares de crianças e adolescentes.

3 A importância da manutenção do art. 19-b, § 2º da lei 13.509 de 2017 para a proteção do princípio da prevalência do interesse do adotando

Durante a sua construção legislativa, a Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017 suscitou a discussão a respeito de alguns de seus dispositivos, dentre os quais se pretende destacar o vetado parágrafo segundo do artigo 19-B, o qual prevê:

Art. 19-B. [...]

§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. (BRASIL, 2017)

Segundo Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 238), o entendimento extraído a partir da interpretação desse dispositivo consiste no seguinte raciocínio:

Ao reconhecer programas de apadrinhamento, a nova redação do Estatuto da Criança e do Adolescente passou a autorizar que pessoas sem interesse na adoção, mas que aceitam e até desejam conviver com a criança e o adolescente, possam participar da vida destes, com o objetivo de auxiliá-los, sobretudo, na formação de “vínculos externos à instituição”.

Disponibilizadas pelo Portal da Câmara dos Deputados, extrai-se das razões do veto, propostas especialmente pelo Ministério do Desenvolvimento Social em conjunto com o

Ministério dos Direitos Humanos, que a motivação substancial para tal oposição tem origem na finalidade social que se objetiva com o instituto do apadrinhamento. Brevemente, a justificativa para a retirada do dispositivo aborda a importância de analisar e estudar os efeitos práticos possivelmente resultantes, bem como a real eficiência da medida na proteção do princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme transcrição:

A manutenção do dispositivo implicaria em prejuízo a crianças e adolescentes com remotas chances de adoção, ao vedar a possibilidade de serem apadrinhadas por quem está inscrito nos cadastros de adoção, sendo que o perfil priorizado nos programas de apadrinhamento é justamente o de crianças e adolescentes com remotas possibilidades de reinserção familiar. **A realidade tem mostrado que parte desse contingente tem logrado sua adoção após a participação em programas de apadrinhamento e construção gradativa de vínculo afetivo com padrinhos e madrinhas, potenciais adotantes.** (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017)

O entendimento supracitado é no sentido de que a manutenção deste impedimento no texto legal prejudicaria consideravelmente o acesso de alguns perfis de crianças e adolescentes que, em decorrência da duradoura permanência em âmbito institucional, já se encontram desiludidos e sem perspectivas de reinserção no seio familiar. Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 239) comentam o veto:

O veto foi corretíssimo pois, apesar de a intenção final do apadrinhamento não ser a adoção, não há como negar, no caso de crianças e adolescentes com remotas chances de inclusão familiar ou adoção, ser seu melhor interesse a adoção pelos “padrinhos” do que sua simples manutenção na entidade de acolhimento.

De fato, infelizmente, muitas vezes a melhor das possibilidades dos infantes acolhidos consiste simplesmente na

gradual aproximação afetiva proporcionada pelo instituto do apadrinhamento, o que poderá ou não vir a ser satisfatório à formação do vínculo necessário à adoção. Portanto, o que se pretende é justamente que, caso se alcance este estágio de familiaridade, não se obste a adoção do infante apadrinhado por mera restrição jurídica, frustrando sua oportunidade de estar permanentemente em família.

No mesmo sentido, corroborando com este raciocínio, foi proposta emenda ao Projeto de Lei n. 5.850 de 2016 pelo senador Randolfe Rodrigues, do Partido REDE/AP, para que essas pessoas, independente da inscrição nos cadastros de adoção, tivessem a oportunidade e o direito de participar do programa de apadrinhamento, cumpridos os seus demais requisitos. Na justificção, o parlamentar ressalta:

Como o programa de apadrinhamento afetivo destina-se a crianças com “remotas chances de reintegração familiar ou de adoção”, nada justifica impedir que candidatos habilitados à adoção façam parte do programa. Tal proibição acaba por negar ao afilhado o direito de ser adotado pelos padrinhos, ainda que tenha se estabelecido entre eles vínculo de filiação socioafetivo. O efeito será nefasto. O acúmulo de mais frustrações e a certeza de que nunca terá uma família.

Trata-se de um ajuste na redação deste dispositivo que tem o objetivo de diminuir o sofrimento da criança e do adolescente, que já se encontram em situação de abandono afetivo. É preciso que a legislação crie mecanismos que facilitem o recebimento de afeto por parte dessas. (SENADO FEDERAL, 2017)

Existe, portanto, certa resistência em relação a esse disposto, uma vez que seu cumprimento tem o poder de reduzir as possibilidades de utilização do instituto do apadrinhamento, o que seria extremamente desfavorável à grande maioria das crianças e adolescentes, restringindo seu propósito inicial. Conforme o exposto, de fato, não é função do legislador propor entraves ao exercício dos direitos, especialmente infantoadolescentes. O

ordenamento deve caminhar justamente no sentido oposto, ou seja, facilitando e viabilizando o acesso aos mecanismos disponíveis.

No entanto, apesar dos esforços apresentados nesse sentido, o veto ao dispositivo foi derrubado por unanimidade pelo Congresso Nacional, sob o argumento de que os cadastros dos interessados nos institutos da adoção e do apadrinhamento não devem se sobrepor. O Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação (CAOPCAE), do Ministério Público do Estado do Paraná, elucida:

Com a derrubada do veto, mantém-se a regra de que os padrinhos afetivos não estejam cadastrados na lista de habilitados para adoção. Sistemática comum na maioria dos programas eis que o escopo do apadrinhamento não se confunde com a adoção e, em muitas situações, pessoas que pretendem burlar a ordem da lista de adoção usam o apadrinhamento para alegar a constituição de vínculos, o que não deve ser tolerado. (CAOPCAE-MP/PR, 2018)

Observa-se que o verdadeiro objetivo do excerto supracitado existe com o propósito de desassociar os institutos de apadrinhamento e de adoção, utilizando-se desse parágrafo para vedar que possíveis adotantes passem a apadrinhar, dada a importância em não confundir a verdadeira intenção por trás de cada um dos programas. A ideia consiste na necessidade da submissão dos interessados à ordem no cadastro de adoção para impedir que padrinhos e/ou madrinhãs burlarem o sistema da lista de espera, alegando a prevalência dos vínculos afetivos entre a criança e os adotantes em consonância com o melhor interesse da criança. Retomando o conceito deste princípio, Gama (2008, p. 80) explica:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto

para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Pretende-se, portanto, impor a sujeição e a obediência ao fito e à execução do projeto na sua especificidade, cumprindo a missão de responsabilidade social ao apadrinhar uma criança ou um adolescente. Existe a necessidade de proteger essas crianças e adolescentes que, já fragilizadas, não devem estar expostas à possibilidade de novas decepções, as quais normalmente são geradas por expectativas do processo de adoção e que não correspondem ao objetivo essencial do apadrinhamento, situação essa potencialmente ocasionada pela sobreposição dos institutos.

Ainda assim, o juiz Fernando Moreira, vice-presidente da Comissão de Adoção do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), discorda veementemente e adverte a respeito do dispositivo:

Para mim, o art. 19-B, § 2º, ECA, ao vedar habilitados à adoção de apadrinharem crianças e adolescentes, para os quais não há pretendentes, padece de manifesta inconstitucionalidade, pois viola o Princípio Constitucional da Absoluta Prioridade (art. 227, CF). Invertemos a ordem natural das coisas, priorizam-se os interesses dos pretendentes e valoriza-se uma disputa de poder entre Governo e Congresso, sendo que os interesses de nossos infantes estão ficando em segundo plano. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2018)

O magistrado considera a medida desastrosa, uma vez que, em sua opinião, a regra não apresentava qualquer prejuízo real aos processos de adoção, justamente pelo contrário, a sua permanência elimina a chance remota de muitos perfis de crianças e

adolescentes que seguem no aguardo de serem consagrados pela medida.

Nessa linha, logo em seguida à promulgação da Lei 13.509 de 2017, o senador Garibaldi Alves Filho (Partido Movimento Democrático Brasileiro/RN) apresentou nova proposta de alteração (Projeto de Lei do Senado n. 221 de 2018), a qual já aprovada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), prosseguiu para análise e decisão da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e continua aguardando distribuição. O referido PL propõe a seguinte redação para o parágrafo segundo do artigo 19-B:

Art. 19-B. [...]

§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. (SENADO FEDERAL, 2018)

Com o apoio da Associação Brasileira dos Juizes da Infância e da Juventude na causa, o parlamentar utiliza-se de dados estatísticos para expor a realidade vivenciada nas instituições de acolhimento e a problemática enfrentada pelos processos de adoção, abordado em tópico anterior: o perfil das crianças mais procuradas pelos interessados não corresponde com a grande maioria das crianças e adolescentes acolhidos. Na sua justificação, em suma, salienta a importância da verificação prática da medida, apresentando o apadrinhamento como artifício para sensibilizar e envolver aqueles interessados na adoção de crianças e adolescentes mais velhos, com deficiência ou grupo de irmãos.

Dada a repercussão deste impedimento no cenário legislativo e na realidade prática da execução do programa de apadrinhamento, passa-se a questionar obstinadamente se esse dispositivo realmente cumpre com a função de beneficiar o exercício do direito de crianças e adolescentes. Por um lado, a importância de preservar o propósito e a intenção por trás de cada

um dos institutos. Por outro, o acesso à convivência familiar e comunitária justamente dos acolhidos mais desalentados.

4 A aplicação do instituto do apadrinhamento a crianças e adolescentes com remota possibilidade de adoção

Em meio aos pareceres expostos de diversos atores sociais brasileiros, nota-se que o Direito da Criança e do Adolescente é minucioso, e regular a infância é um processo que demanda sensibilidade e empatia. Em cada novo dispositivo direcionado a esse público, requer-se excessiva compreensão e constante reflexão a respeito da sua importância social, bem como absoluto sentimento humanitário.

Retomando o verdadeiro pressuposto por trás do instituto do apadrinhamento, ressaltam-se as diretrizes trazidas nas Orientações Técnicas – Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes que, lançadas em 2009, reforçam a necessidade de planejamento estratégico dos programas para proteção e promoção do direito infantoadolescente à convivência familiar e comunitária inseridos nesse contexto:

Projetos de Apadrinhamento Afetivo ou similares devem ser estabelecidos apenas quando dispuserem de metodologia com previsão de cadastramento, seleção, preparação e acompanhamento e padrinhos e afilhados por uma equipe interprofissional, em parceria com a Justiça da Infância e Juventude e Ministério Público. Nos Projetos de Apadrinhamento Afetivo devem ser incluídos, prioritariamente, crianças e adolescentes com previsão de longa permanência no serviço de acolhimento, com remotas perspectivas de retorno ao convívio familiar ou adoção, para os quais vínculos significativos com pessoas da comunidade serão essenciais, sobretudo, no desligamento do serviço de acolhimento. Para estes casos, a construção de vínculos afetivos significativos na comunidade pode ser particularmente favorecedora, devendo ser estimulada, observando os critérios anteriormente citados. (BRASIL, 2009)

Exaurida a discussão a respeito desta compreensão, é incontroversa a necessidade de preservação destes perfis como prioritários na utilização do instituto do apadrinhamento, salvaguarda esta a ser proporcionada e garantida no âmbito das instituições pelos seus operadores sociais. Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 239) ressaltam a respeito da necessidade de se atentar aos perfis a serem atendidos pelos programas:

Certamente, o mesmo não se aplica às crianças pequenas e aos bebês, que dificilmente deixarão de ter um pretendente interessado em sua adoção já devidamente cadastrado. Inclusive, esses sequer deverão, em tese, participar do programa de apadrinhamento, uma vez que, havendo pretendentes habilitados, deverá ser deferida a eles sua guarda, para início do estágio de convivência. É preciso cuidado para que a lei não acabe autorizando adoções *intuitu personae*.

Assim sendo, a partir da reflexão a respeito da inserção do estudado parágrafo segundo do artigo 19-B na Lei n. 13.509 de 2017 e da análise dos seus impactos, constata-se a imprescindibilidade de mitigação desse dispositivo, em prol do melhor interesse dos infantes. O Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação (CAOPCAE), do Ministério Público do Estado do Paraná, faz a seguinte ressalva justamente nesse sentido:

Contudo é certo que naquelas situações onde não hajam interessados para a adoção da criança apadrinhada (por questões de faixa etária, raça, etnia, existência de deficiência ou ter grupo de irmãos), e decorrido tempo suficiente para o estabelecimento do vínculo, possa-se realizar a adoção da criança pelos padrinhos. Neste caso o fundamento é o superior interesse da criança ou adolescente. (CAOPCAE-MP/PR, 2018, p. 9)

Trata-se, portanto, da relativização do dispositivo a fim de mitigar essa restrição aos interessados não inscritos, uma vez que, de certa forma, estreitar essa possibilidade pode não ser tão

vantajoso à criança ou ao adolescente, principalmente aqueles que encontraram no apadrinhamento a discreta esperança – com a perspectiva realista de concretização – de voltar a viver no seio familiar. Do mesmo modo, convém fomentar e instigar nos interessados o sentimento de querer assumir a responsabilidade de atender e amparar o desenvolvimento desses indivíduos, ainda que inicialmente a intenção fosse limitada a relação de apadrinhamento.

Quando se enxerga a verdadeira dimensão do alcance do instituto, passa-se a avaliar a possibilidade de transcender essa permissividade aos adotantes, a fim de estimular a sua utilização e extrair o máximo possível desses eventuais benefícios. Ressalta-se que a finalidade do apadrinhamento realmente não é encontrar pais adotivos para uma criança ou um adolescente, conforme já abordado anteriormente. No entanto, de fato, muitas vezes constata-se que este pode se transformar no primeiro passo para a transformação na vida de uma criança ou de um adolescente a partir da sua inserção permanente em uma família.

E são muitos os depoimentos nesse sentido. Muitos interessados realmente não estão devidamente preparados para se responsabilizar por uma criança ou um adolescente adotivo. Mas muitos destes apenas não sabiam que eram capazes e que se tornariam pais e mães exemplares quando passassem a cogitar e exercer efetivamente esse papel. Segundo depoimento colhido pela Revista IstoÉ:

Alguns padrinhos criam vínculos afetivos tão grandes com os afilhados que não querem mais romper. Foi assim com a securitária Conceição da Silva, 42 anos, que resolveu ser madrinha de dois meninos, de 16 e 13 anos. “Eles passam a se mostrar mais confiantes, se esforçam mais para estudar, brincam mais”, conta ela. “É um aprendizado para os dois lados. Com o tempo, fui vendo que eles não pedem nada de material, apenas carinho, querem alguém que se importe com eles.” Ela e seu marido gostaram tanto da experiência que resolveram adotar os dois.

A psicóloga Edna, no entanto, alerta: o apadrinhamento afetivo não pode ser encarado como um teste para a adoção. “Se elas não são adotadas, ficam muito frustradas”, explica ela. “Desde o início, explicamos a elas que aquelas pessoas são padrinhos, que elas verão apenas alguns dias na semana. Isso evita falsas expectativas.” (REVISTA ISTOÉ, 2010)

Sendo assim, ainda que se deva orientar que o enfoque principal do apadrinhamento não é esse, por que não utilizar o instituto como instrumento facilitador à adoção especificamente em casos nos quais não havia essa perspectiva? Por que não aplicá-lo em prol da redução da população infantoadolescente institucionalizada? Por que a letra da lei seria a responsável por privar ou se omitir da obrigação de auxiliar no exercício dos direitos de crianças e adolescentes?

Parece ilógico cogitar qualquer que sejam as respostas para esses questionamentos. Os argumentos de modo algum seriam suficientes para justificar a restrição. Por essas razões, nada mais coerente que interpretar o ordenamento jurídico em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que, conforme ressalta Maciel (2018, p. 77), deve servir como fator determinante:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, **determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei**, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras. (grifou-se)

Infere-se do exposto que a melhor das orientações seria a utilização do instituto da adoção e do programa de apadrinhamento excepcionalmente de forma conjunta quando estes puderem se complementar positivamente. Nesse sentido, Nucci sugere como solução que, “talvez, como forma de incentivo à adoção, pudesse haver um cadastro de candidatos à adoção

concomitante a um cadastro de padrinhos interessados em adotar” (2018, p. 103).

Nesse sentido, pode-se concluir como sendo esta a devida interpretação a ser dada ao novo regimento do apadrinhamento, uma vez que, por esse raciocínio, estaria preservado o objetivo do instituto, no entanto, sem que crianças e adolescentes abrigadas sofram restrições ao seu direito à convivência familiar. O entendimento de Veronese, Silveira e Cury (2018, p. 238) corrobora com essa percepção:

É preciso destacar que o programa de apadrinhamento não visa à adoção, e, por isso mesmo, deve ter como prioridade “crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva”, conforme bem indica o § 3º do art. 19-B. Contudo, caso aconteça de a criança ou o adolescente não ter qualquer pretendente inscrito no cadastro de adotantes, não parece haver impedimentos a que seus “padrinhos”, desejando, os adotem.

Impende afirmar, dado o exposto, que essa nova regulamentação do cenário vivido pela população infanto adolescente institucionalizada permite diversas análises a respeito das consequências e dos impactos dessas alterações. O próprio dispositivo destacado neste artigo suscitaria outras possíveis discussões, a exemplo da real capacidade – ou a falta dela – que possui um jovem de apenas dezoito anos para ser padrinho ou madrinha de uma criança ou adolescente.

Para isso e com essa cautela é que devem ser traçados e desenvolvidos os planejamentos operacionais de cada instituição e de cada responsável por esses processos. Deve existir a conscientização dos atores sociais a respeito da repercussão do seu trabalho como fator decisivo da vida de crianças e adolescentes.

É sempre pertinente salientar que a vida desses indivíduos, antes de qualquer outro sujeito de direito, deve estar longe de ser judicializada de forma rigorosamente literal e mecanizada. O fato é

que cada dispositivo e cada situação específica merecem extrema atenção por parte de todos os profissionais envolvidos – inclusive da sociedade na forma como for possível, a fim de que seja dada a melhor resolução ao caso concreto, respeitadas as situações fáticas particulares da criança e do adolescente e de toda a sua trajetória.

É preciso ser meticoloso, ter plena compreensão da grandeza e da proporção dos resultados desses percalços nas condições desses indivíduos, a fim de não somente amenizar os efeitos negativos, mas idealizar junto a eles a perspectiva de um futuro melhor. Que se tenha incessante sede de conhecimento e interesse genuíno diante desse contexto, preocupação apurada em cada acontecimento e a sensibilidade inquestionável quando importar o desenvolvimento íntimo e pessoal de cada criança e adolescente exposto a tais circunstâncias nessa fase tão determinante.

Considerações finais

Ainda que existam resquícios de estigmatizações e preconceitos históricos, nota-se indiscutivelmente a insistência em aprimorar o Direito da Criança e do Adolescente, especialmente no que tange ao caráter prático desse tema.

Nesse contexto, pode-se verificar que o acolhimento institucional cumpre perfeitamente a sua função no sentido de salvaguardar a integridade física e emocional de crianças e adolescentes que se encontram em situação de ameaça ou violação de seus direitos. No entanto, constatou-se que, por outro lado, o direito à convivência familiar e comunitária desses acolhidos acaba sendo reiteradamente negligenciado, especialmente em razão das dificuldades para cumprir o caráter provisório da medida, o que acarreta na delonga dessa estadia por anos.

O apadrinhamento afetivo nada mais é do que uma dessas medidas estratégicas, a fim de garantir o exercício do direito de desenvolver-se no seio familiar, o que é de suma importância para sua formação e seu desenvolvimento integral. O fato é que a vida

institucionalizada não é recomendada a crianças e adolescentes, e o programa se apresenta como uma forma de amenizar os impactos sofridos no contexto dessa realidade.

A partir disso, entende-se que o apadrinhamento afetivo deve estar voltado prioritariamente ao perfil de jovens que por vezes não é procurado por interessados em adotar e que inegavelmente representa a grande maioria nos abrigos. Infelizmente, este é o reflexo de um preconceito enraizado na sociedade brasileira, a qual historicamente predispõe à margem da população crianças e adolescentes geralmente oriundos de famílias carentes, negros ou pardos, com idade entre sete e quinze anos.

O programa, portanto, surge com o escopo de oportunizar o exercício do direito a essa parcela infantoadolescente que não vislumbra a possibilidade de vir a ser adotado.

Sob essa ótica, a previsão constante no artigo 19-B, § 2º da Lei 13.509 de 2017, a qual consiste no requisito de que os interessados no apadrinhamento não estejam inscritos no cadastro para adoção, ainda que tenha alguma lógica nesse sentido, não se podem ignorar as consequências dessa regra. Ainda que seja importante preservar a verdadeira intenção por trás de cada um dos institutos, bem como proteger crianças e adolescentes de eventuais frustrações e expectativas infundadas, não se deve aceitar que a letra da lei seja um empecilho ao princípio do melhor interesse do adotando.

O fato é que o dispositivo cumpre com a função de evitar que as listas de cadastros eventualmente venham a se sobrepor, impedindo, portanto, que os candidatos burluem esses sistemas, sob o argumento da constituição de vínculos com os afilhados.

No entanto, não se pode negar que o apadrinhamento afetivo pode vir a ser – e em muitos casos já se apresenta como – a melhor das oportunidades para que sejam estreitados os laços dessa relação e para que seja alimentado o nobre sentimento de querer adotar nos seus padrinhos. Não é racionalmente aceitável que o alcance das benesses do instituto do apadrinhamento afetivo seja

reduzido simplesmente por mera restrição jurídica que visa coibir a prática indevida do uso desses programas.

Entende-se pela mitigação do dispositivo exposto da nova lei a fim de que, em prol do princípio do melhor interesse do adotando, não seja este privado do seu direito de se desenvolver, ainda que tardiamente, no seio familiar e comunitário. Não pode ser o ordenamento jurídico o responsável por prestar esse desserviço e violar direitos tão basilares da criança e do adolescente. Há de ser justamente o oposto: a interpretação da lei sendo aplicada para favorecer e auxiliar o exercício dos direitos infantoadolescentes.

Referências

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**. 2009. Disponível em: http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/orientacoes_tecnicas_final.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

Câmara dos Deputados. **Projeto que regulamenta apadrinhamento afetivo é aprovado na Câmara.** 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIARIA/553234-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-APADRINHAMENTO-AFETIVO-E-APROVADO-NA-CAMARA.html>. Acesso em: 17 out. 2018.

Câmara dos Deputados. **Vetos à Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017.** 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13509-22-novembro-2017-785783-veto-154280-pl.html>. Acesso em 29 out. 2018.

Conselho Nacional de Justiça. **Apadrinhamento afetivo de crianças e adolescentes:** entenda como funciona. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77259-apadrinhamento-afetivo-de-criancas-e-adolescentesentenda-como-funciona>. Acesso em: 17 out. 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.** 2014. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1590.html#ref35>. Acesso em 10 out. 2018.

Evento da CAOPCAE/MPPR em comemoração aos 27 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_e_ca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Apadrinhamento afetivo proporciona convivência familiar para crianças.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79680-apadrinhamento-afetivo-proporciona-convivencia-familiar-para-criancas-do-df>. 2015. Acesso em: 10 out. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família:** guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GOULART, Juliana Sonogo; PALUDO, Simone dos Santos. **Apadrinhamento Afetivo:** Construindo Laços de Afeto e Proteção. 2014. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/12439/11439>. Acesso em 09 out. 2018.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2009.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção.** 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera%2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 out. 2018.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEAL, Livia Teixeira. **O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva.** 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92194/programa_apadrinhamento_instrumento_leal.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

LEVINZON. Gina Khafif. **Adoção.** 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção.** São Paulo: Cortez 2001.

NASCIMENTO, Débora Cristina Moura; MALVEIRA, Jamille Saraty. **Apadrinhamento afetivo: alternativa para garantia dos direitos das crianças e adolescentes acolhidos em Ananindeua-PA.** 2017. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2268/2155>. Acesso em: 10 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Revista Istoé. **Padrinhos pelo afeto.** 2010. Disponível em: https://istoe.com.br/113660_PADRINHOS+PELO+AFETO/. Acesso em: 30 out. 2018.

Senado Federal. **Emenda n. 7 ao PLC 101/2017.** 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7242809&ts=>

1528981439307&disposition=inline&ts=1528981439307. Acesso em 29 out. 2018.

Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 221, de 2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7727989&ts=1538689974992&disposition=inline&ts=1538689974992>. Acesso em: 29 out. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária**. 2005. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/ENSAIO3_Enid11.pdf. Acesso em: 8 out. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/capit2.pdf>. 2004. Acesso em: 18 out. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

A proteção integral da criança e do adolescente e a mediação familiar

Alliny Burich da Silva¹

Considerações iniciais

Pesquisas revelam² que o modo como um casal se comporta durante o divórcio tem um impacto muito maior nos filhos do que o próprio divórcio. Não são raros os casos em que os casais buscam resolver seus conflitos de forma combativa, sem perceber o quanto seu comportamento afeta na vida dos filhos.

Crianças e Adolescentes que convivem entre o conflito dos pais, tendem ter problemas emocionais, de desenvolvimento, comportamento agressivo e dificuldades de relacionamentos. Isto porque, as crianças aprendem o que vivenciam, seus pais são o exemplo de como lidar com seus sentimentos e frustrações.

Dorothy Law Nolte (2009, p.16) em sua obra “As crianças aprendem o que vivenciam”, assim transcreveu:

Se as crianças vivem ouvindo críticas, aprendem a condenar.
Se convivem com a hostilidade, aprendem a brigar.
Se as crianças vivem com medo, aprendem a ser medrosas.

1 Advogada, especialista em Direito de Famílias e Sucessões com ênfase em Mediação Familiar (Verbo Jurídico), com graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Palhoça, 2012), atuante no Direito de Família e Sucessões. Mediadora Familiar. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e da Comissão de Mediação e Práticas Colaborativas do mesmo instituto.

2 O estudo Efeitos do Divórcio sobre as Crianças, de Patrick F. Fagan e Aaron Churchill, pelo Marriage and Religion Research Institute (Instituto de Pesquisas sobre Casamento e Religião).

Se as crianças convivem com a pena, aprendem a ter pena de si mesmas.

Se vivem sendo ridicularizadas, aprendem a ser tímidas.

Se convivem com a inveja, aprendem a invejar.

Se vivem com vergonha, aprendem a sentir culpa.

Se vivem sendo incentivadas, aprendem a ter confiança em si mesmas.

Se as crianças vivenciam a tolerância, aprendem a ser pacientes.

Se vivenciam os elogios, aprendem a apreciar.

Se vivenciam a aceitação, aprendem a amar.

Se vivenciam a aprovação, aprendem a gostar de si mesmas.

Se vivenciam o reconhecimento, aprendem que é bom ter um objetivo.

Se as crianças vivem partilhando, aprendem o que é generosidade.

Se convivem com a sinceridade, aprendem a veracidade.

Se convivem com a equidade, aprendem o que é justiça.

Se convivem com a bondade e a consideração, aprendem o que é respeito.

Se as crianças vivem com segurança, aprendem a ter confiança em si

mesmas e naqueles que as cercam.

Se as crianças convivem com a afabilidade e a amizade, aprendem que

o mundo é um bom lugar para se viver.

Se a criança e o adolescente, aprendem o que vivenciam e se, somente experienciam, situações conflituosas, vão consequentemente agir desta forma. Por outro lado, se conseguirem enxergar que tanto o pai quanto a mãe, ainda que com o rompimento do laço conjugal, se respeitam, dialogam e se tratam de forma ética, poderão se sentir seguros, amados e agirão da mesma forma em seus relacionamentos.

Partindo desta constatação necessário se faz pensar em modos dignos, eficazes e altamente estratégicos para gestão dos conflitos familiares, de modo que a criança e o adolescente possam ser enxergadas dentro do processo de ruptura conjugal, como

pessoas em processo de desenvolvimento, sendo, portanto, necessária sua integral proteção.

Aqui surge a mediação, especificamente a familiar, como ferramenta para o enfrentamento do rito de passagem provocado pela ruptura da relação conjugal.

Não por acaso, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e a nova Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) instituíram como princípio essencial do nosso ordenamento jurídico a promoção da solução consensual de conflitos, colocando a autocomposição como fundamento e prioridade.

O objetivo geral deste estudo é demonstrar o papel da mediação e suas vantagens na resolução de conflitos de natureza familiar, enfatizando que a solução consensual construída pelos próprios interessados tem a capacidade de fortalecer ou ainda reconstruir a comunicação entre os conflitantes, garantindo assim proteção à criança e o adolescente.

A estruturação do presente estudo, está subdividido em quatro itens, são eles: As famílias, o direito e suas rupturas; Proteção integral frente ao Direito de Família; Mediação – Mediação Familiar.

No primeiro item a “*o direito, às famílias e suas rupturas*”, pretende-se examinar às famílias, suas relações, suas transformações conceituais e especialmente de que modo lidam quando da ruptura no relacionamento. Suas origens e consequências, sendo neste exposto o conceito, suas principais causas e os efeitos negativos deixados por esta na criança e no adolescente. No capítulo ainda discorreremos sobre o divórcio e disputa pela guarda, apontando estes como principais causadores de prejuízos.

Na sequência, o segundo item, “*da proteção integral frente ao Direito de Família*” abordará o paradigma da proteção integral à criança e do adolescente, sua aplicação no âmbito do direito família, conceitos. No capítulo ainda discorreremos sobre o divórcio e

disputa pela guarda, apontando estes como principais causadores de efeitos negativos deixados na criança e no adolescente.

Por fim, no terceiro e derradeiro item *Mediação – Mediação Familiar* sobre o instituto da mediação – origem, apontando as vantagens e benefícios. Ainda, sua conceituação, demonstrando sua importância para restaurar às relações familiares e diminuir o impacto da ruptura conjugal. Pretende-se traçar um paralelo entre a mediação, especificamente mediação familiar e a proteção integral da criança e adolescente.

Quanto aos aspectos metodológicos para a construção do trabalho, este se dará por meio da pesquisa bibliográfica, tendo como principal fonte a doutrina e legislação vigente. Em relação ao método de abordagem será utilizado o método hipotético-dedutivo.

A família, o direito e suas rupturas

A família é o primeiro vínculo afetivo do ser humano, é nela que a coletividade se baseia, sendo assim o alicerce da sociedade. Ao longo dos anos, a concepção familiar, foi se modificando e se readequando as realidades sociais. Mas importante e elementar, a apresentação do conceito de família, a fim de um maior aprofundamento no direito de família e análise da linha do tempo, bem como suas mudanças conceituais.

Clovis Beviláqua (1976, p. 16) ao conceituar família, dispôs:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Por muito tempo a família, estava interligada pela religiosidade. E como consequência, a família era concebida com a característica de que o pai detinha todo o poder sobre os membros da família, o qual assim tomava todas as decisões – o pátrio poder. Nessa formulação, a família era baseada na união, e tão somente

na união entre homem e a mulher, tendo como premissa a indissolubilidade.

O patriarcado – entendido como poder que o homem exerce por meio de papéis sexuais - no domínio da família, o pai (ou figura paterna) mantém a autoridade sobre as mulheres e as crianças (SOUZA, 2015, p. 476)

Por intermédio de mudanças significativas da sociedade, o Estado pressionado, não viu alternativa outra, que não fosse a regulamentação do direito de família. Assim em 1916 surge a lei n. 3.071, que reconheceu a família, mas tão somente àquela advinda do matrimônio.

Já em 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica – art. 17, retratou os elementos conceituais daquela época: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. (PEIREIRA, 1997. p. 14).

Silvio Neves Baptista (2010, p. 28) ao conceituar família, dizia que “Até pouco tempo, as formas de família que não fossem constituídas pelo casamento eram consideradas ilegais, pois a legislação só consagrava a família matrimonial”, relembando o momento histórico do âmbito familiar em que os filhos havidos de uniões extraconjugais, por exemplo, eram alvo de discriminação e, por tanto ilegítimos. A “concubina” era afastada de qualquer direito, em caso de ruptura da relação. Assim para o autor, mesmo ante ao preconceito e impossibilidade de resguardar o direito, não impediu as relações extramatrimoniais continuassem a ocorrer, sendo necessário então, que a jurisprudência na tentativa de adequar o direito às relações sociais, passando a considerar uniões como sociedades de fato, para justificar a repartição de patrimônio, bem como regularizar questões de vínculos filiais.

Essa norma civilista foi considerada de forma incontestada, uma denominação sobre o gênero feminino e da afirmação da vontade do marido de modo praticamente despótico e desarrazoado. Prova disso é que, em seu art. 6º, o Código Civil de

1916, arrolava a mulher casada como relativamente incapaz, ao lado das pessoas entre dezesseis anos e vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas (ROSA, 2018, p. 30). Por consequência os filhos deviam obediência ao pai e somente a ele.

O grande salto revolucionário do direito de família ocorreu em 1988 quando da promulgação da Constituição Federal que tornou iguais os direitos dentre os membros desta por meio do art. 5º, inciso I, onde dispôs que homens e mulheres são iguais perante a lei e gozam de iguais direitos e deveres. Bem como ratificou a devida e digna proteção à família no art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Constituição Federal de 1988).

Com a constituição o conceito de família ampliou-se, passando o Estado a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226) – (PEREIRA, 1997. p. 15.

O art. 227 ampliou e tornou de forma clara o dever da família, do estado e da sociedade a proteção das crianças e adolescentes:

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

Na sequência em 1989 na Convenção sobre os Direitos da Criança pela ONU,³ surge a expressão “proteção integral” para as crianças de todo o mundo – no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional.

3 Organização das Nações Unidas

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. No Brasil, no ano seguinte surge a Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim nos ensina Josiane Rose Petry Veronese (2018, p. 214).

A proteção integral à criança e ao adolescente” de modo imediato ao descrito na Convenção em seu art. 2º “[...] Os estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda a forma de discriminação e castigo por sua condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”.

Convém citar que junto a Constituição Federal de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direito. Veja-se que não se trata de qualquer sujeito. É um sujeito especial, o qual encontra-se na condição peculiar de desenvolvimento e, portanto, possui um conjunto de direitos próprios e de meios aptos a assegurá-los, com absoluta prioridade.

Essa categoria encontra sua expressão mais significativa na própria concepção de Direitos Humanos de Lefort: “o direito a ter direitos”, ou seja, da dinâmica dos novos direitos que surge a partir do exercício dos direitos já conquistados. Desse ponto de partida o sujeito de direitos seria o indivíduo apreendido do ordenamento jurídico com possibilidades de, efetivamente, ser um sujeito-cidadão. (LEFORT *apud* VERONESE, 2016, p. 62).

Com a chegada do Código Civil de 2002, novamente uma readequação as positavações familistas, primeiramente reafirmou o que a Constituição Federal de 1988 positivou, tendo como premissa central, a proteção da família, tratando a igualdade entre gêneros e a proteção das crianças e adolescentes. No entanto ampliou o braço e abarcou também o reconhecimento dos filhos existentes dentro e fora do casamento, o divórcio, adoção, trazendo de forma expressa a regulamentação da união estável.

Logo, com a igualdade de gênero, o Código Civil, alterou a expressão pátrio poder, para poder familiar - Art. 1.630. “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” e nos demais artigos trouxe positivamente dispondo que a responsabilidade será dividida entre pai e mãe, independentemente qual for a situação conjugal – art. 1.634.

Neste interim, através do surgimento do poder familiar, da divisão de direitos e deveres entre os genitores – seja pai ou mãe, da possibilidade de ruptura do enlace conjugal, surge a necessidade de, quando do divórcio equalizar os impactos desta ruptura no que toca aos filhos do agora ex-casal.

O Código Civil de 2002 no que toca à ruptura conjugal dispõe que “sociedade conjugal termina: [...] III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.”

A ruptura conjugal tornou-se mais comum ao longo dos últimos tempos, a taxa de divórcio em nossa sociedade tem aumentado a cada ano. No Brasil, o IBGE⁴ (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) apurou que em 2017, um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil. Os dados foram coletados entre 1984 e 2016. De acordo com o estudo em 2016, o número de separação era de 31,4% – com 1,1 milhão de matrimônios e 344 mil separações, mas como a pesquisa levou em conta somente as relações vinculadas ao casamento civil, podemos concluir que a quantidade de relações desfeitas é muito maior, já que não foram consideradas neste levantamento as extinções de relações conjugais das uniões de fato, sem divórcio, separações judiciais ainda não convertidas e as dissoluções de união estável.

Não há dúvida quanto aos efeitos que o divórcio tende a produzir um misto de emoções em todos os envolvidos, produzindo efeitos nem sempre positivos, notadamente, quando está ruptura se dá de forma conflituosa e envolvendo os filhos nas discussões ou disputas.

4 Dados extraídos da cartilha do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) cartilha do divórcio para os pais.

A maior dificuldade é evitar problemas emocionais e criar um ânimo de maturidade e altruísmo nos pais, evitando, sobretudo, as reações e sentimentos rancorosos na pessoa dos filhos (RIZZARDO, 1997, p. 332).

Não é mais possível tratar o direito de família e especificamente o momento da ruptura familiar, somente com legislação, o direito de família exige por suas características peculiares, uma multidisciplinaridade, para que seja possível situar-se diversos modelos de adaptação à separação conjugal.

Dentre os quais o modelo de adaptação ao divórcio parental de WALLERSTEIN (1989) que postula que os filhos de pais separados passam por seis tarefas psicológicas de adaptação: aceitar a realidade da separação conjugal; desligar-se do conflito parental e do stress associado à separação para voltar às atividades da vida diária; lidar com a perda; resolver os sentimentos de zanga e de culpabilidade; aceitar a separação parental como definitiva; sentir-se confortável e confiante nas relações com os outros. Segundo Wallerstein (1983), a forma como os filhos de pais separados se adaptam à situação depende de como conseguem resolver estas tarefas de desenvolvimento psicológico.

Neste cenário, por vezes o cerne da discussão se dá quanto a guarda dos filhos, regulamentação de convivência, atingindo de forma mais direta à criança e ao adolescente.

O art. 1583 do Código Civil dispôs que a “A guarda será unilateral ou compartilhada”, e não raras as vezes que o pedido da inicial vem dotado da expressão “melhor interesse da criança”, sendo esta expressão um princípio positivado em nossa Constituição Federal.

Mas qual o melhor interesse da criança? O Direito de Família consegue de fato proteger a criança e o adolescente, fruto de uma ruptura conjugal? O que significa tratar à criança e o adolescente com proteção integral e prioridade absoluta?

Para que possamos responder aos questionamentos acima necessário se faz compreender do que se trata a proteção integral e qual seu espaço (se o tem) dentro do direito de família.

3 A Proteção Integral frente ao Direito de Família

O caminho para que as crianças e adolescentes estejam de fato incluídas no Direito de Família, é compreender que, como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito, se faz necessário a visão que, partindo de um conjunto de normas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente, regido pela Doutrina da Proteção Integral, deve-se ter como base o princípio da prioridade constitucional e do melhor interesse da criança.

A doutrina da proteção integral tem como alicerce, a constatação de que a criança e ao adolescente são merecedoras de direitos próprios e especiais que, por razão de suas condições específicas de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral (VERONESE, 2018. p. 215).

Tendo em conta, os direitos da proteção integral consignados na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma expressa, que possuem imensa relevância, eis que desempenham um papel estruturante na sociedade, ao passo que reconhecem todos os direitos inerentes à pessoa humana, assim como os direitos decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A ponderação que deve ser feita, é de que a interpretação do texto legal, é a proteção dos interesses da criança e do adolescente, os quais devem ser aplicadas com absoluta prioridade a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, tendo em vista a destinação social da lei e o respeito à condição particular da criança e do adolescente como indivíduos em formação.

Destarte o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 3º, estabelece “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos

fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei”. Neste preceito, constata-se a garantia da proteção integral quando do gozo de direitos. E aqui, abarcando todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Veja o que alude o art. 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias prioridade Absoluta; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais pública; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A este respeito, estamos nos referindo ao princípio da prioridade absoluta destacado na constituição, bem como no Estatuto da Criança e Adolescente, princípio este que reflete em todo a sociedade, bem como no sistema jurídico.

Não podemos esquecer que a responsabilidade da família (DALLARI 2018, p. 69), é universalmente reconhecida como um dever moral – decorrente da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança e o adolescente, toma contato com a vida social, a família é a primeira noção de sociedade.

O princípio da prioridade absoluta também está previsto no artigo 227 da Magna Carta, já citado, que determina que crianças e adolescentes sejam tratados pela sociedade; e em especial, pelo Poder Público, tratados com total prioridade pelas políticas públicas e ações do governo.

A positivação da prioridade legal dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente foi uma conquista da sociedade brasileira,

um marco na mudança das lentes utilizadas pela legislação brasileira para enxergar a infância.

Cabe salientar que, somente a visão normativa, por mais que esteja em conformidade com as aspirações mundiais, não tem o condão para alterar uma visão sociocultural de adultocentrismo⁵, o processo é demorado e pungente, é preciso ampliar e transformar o olhar, não mais visando a cegueira, omissão e a violência, mas uma sociedade pautada pela fraternidade como premissa.

O surgimento de uma legislação que ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de menores para a de cidadãos, do viés da necessidade (criança objeto, tutela), sedimentada na concepção teórica, dada a ausência de regramento específico, aos direitos (criança sujeito), consolidando a doutrina da proteção integral (VERONESE, 2018, p. 216).

Diante disto, podemos enxergar a necessidade de o Direito de Família, abarcar o Direito da Criança e do Adolescente, isto porque, não obstante, nos processos de ruptura familiar os pais continuam a considerarem “donos” de seus filhos, enraizados na dogmática do “pátrio poder” – o que se transformou com o advento do Código Civil de 2002 em poder familiar, mas não foi totalmente absorvido pela sociedade.

O princípio do melhor interesse, por seu turno, move-se, para assegurar os direitos inerentes à criança e o adolescente, permitindo o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, coibindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que os envolve.

A proteção integral está norteadada pelo princípio do melhor interesse da criança, assim se pode observar no artigo 3.1 da Convenção Universal da Criança e Adolescente. Sendo assim todas as ações relativas, levadas a efeito por instituições públicas ou

5 Josiane Rose Petry Veronese

privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o melhor interesse da criança (SANCHES, VERONESE, 2012, p. 95).

A referida convenção teve como meta primordial o desenvolvimento pleno e pacificado da personalidade das crianças e adolescentes, favorecendo o seu crescimento em ambiente dentro do seio familiar, através do amor e da compreensão, preparando-os assim para viverem em sociedade.

Nessa circunstância, referem que o Código Civil, por sua vez, atento as mudanças sociais ocorridas nas instituições familiares, passa a assumir princípios de ordem pública, consagrando a doutrina de proteção integral e o princípio do superior interesse da criança como norteadores, elevando-se à convivência familiar e comunitária ao grau de direito fundamental (SANCHES, VERONESE, 2012, p. 61).

Cabe destacar, que antes mesmo do Estatuto da Criança e Adolescente bem como do Código Civil, a proteção integral já estava expressa na Constituição Federal, especificamente no já mencionado art. 227, o qual destaca ser dever da família, juntamente com a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a pessoa humana, observando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A doutrina da proteção integral desempenha um papel estruturante no sistema, na medida em que identifica sob o olhar da integralidade, ou seja, do reconhecimento de todo os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca (SANCHES e VERONESE, 2016, p. 113).

Justamente sobre o tema da proteção integral, têm-se que:

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas públicas específicas para promoção e defesa dos seus direitos.(COSTA, 2002. p. 17).

Por meio da proteção integral é exequível extrair fundamentos que conduzem o princípio do melhor interesse da criança, dado que esse princípio estabelece a primazia dos direitos e necessidades infanto-juvenis.

Deste modo, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas a população infanto-juvenil, sendo que, qualquer orientação ou decisão, envolvendo referida população, deve levar em conta o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, visando assim, a proteção integral dos seus direitos. (FACHIN, 1996. p. 98).

Veja-se que no âmbito do Direito de Família correlacionado ao Direito da Criança e do Adolescente, a aplicação do melhor interesse da criança e do adolescente, impõe-se a consideração da condição inerente da pessoa em desenvolvimento, assim sendo, e por meio desta alegação deve desde logo identificar os fatores a serem priorizados a fim de que os direitos e as garantias da criança sejam alcançados de fato e plenamente.

Para Fachin (1996, p. 98) esse princípio é um “critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.”

Ainda, esse mesmo autor pautou fundamentos importantes a serem considerados no reconhecimento do melhor interesse da criança quando se está disputando a adoção ou guarda do filho. Dentre eles, evidencia-se os mais importantes, quais sejam: o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda da criança e a habitualidade do pai de dar à criança amor e orientação. (FACHIN, 1996, p. 98).

Aqui podemos destacar que o melhor interesse da criança e do adolescente tem como marco inicial, a afetividade na relação entre pai e filho(a)/mãe e filho(a) e, para que a criança e o adolescente tenham desenvolvimento pleno, a presença do amor, do afeto e da segurança são vitais.

Observe neste contexto a Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1959, estabelece que:

Princípio 6. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas. (*apud* VERONESE, 2018, p. 221).

Logo, é possível constatar que é mediante os princípios constitucionais de proteção à criança, bem como da doutrina de integral proteção que são o núcleo dos fundamentos para garantir a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes em todos as esferas.

Diante do exposto, é preciso olhar a ruptura conjugal à luz de todos os novos conceitos de família e de igual modo

fundamentada na proteção integral da criança e do adolescente, visando o que de fato é o melhor e a protege.

No entanto, por vezes, os genitores sozinhos não possuem condições de perceberem o que realmente acontece quando da ruptura conjugal, quais as consequências do agir com os filhos. Neste momento surge a mediação familiar como instrumento garantidor da devida proteção integral à criança e adolescente, trazendo um feixe de luz ao conflito, e possibilitando que as partes vejam além.

4 Mediação – Mediação Familiar

A mediação é compreendida com um processo autocompositivo onde as partes, auxiliadas por um(a) mediador(a), conversam sobre as questões, objeto da controvérsia, buscando assim abertura do diálogo e buscando a construção de uma solução que atenda satisfatoriamente a ambos.

Inserida no campo das técnicas de resolução de conflitos, a mediação vem ao longo do tempo, contribuindo com novas possibilidades de escuta e de intervenção por parte do mediador com a finalidade de minimizar as dificuldades e alcançar soluções eficazes, diminuindo o volume de processos judiciais nos Tribunais americanos. No Estado da Califórnia vem sendo adotada obrigatoriamente como estágio prévio às relações judiciais, exceto na área penal, sendo que os casos que chegam as instâncias judiciais são os que não conseguiram um acordo entre as partes. (DUARTE, 2012, p.33,34).

A expressão “mediação familiar” surgiu em 1970 nos Estados Unidos, quando Coogler, conselheiro de família, psicólogo e advogado de Atlanta (Georgia), iniciou sua prática como método eficaz para a resolução de conflitos relacionais de ordem judicial. Também no Canadá em 1972, na Europa por volta de 1976, na França em 1963, em Portugal têm-se notícias de que em 1993 também deu início ao Instituto de Mediação Familiar. (SIX, 2013 p. 65)

No Brasil, a mediação familiar chegou em meados de 1980, a doutrina especializada menciona como os modelos mais conhecidos: a) tradicional –Linear ou Programa de Negociação da Escola de Harvard ou “Mediação Satisfativa”; b) Circular-narrativa de Sara Cobb; c) Transformativo de Bush e Folger; d) Waratiano ou Terapia do amor; (GONÇALVES e GOULART (2018, p. 84)

O conflito, analisado no âmago da sua identidade, apresenta peculiaridades que o tornam único, diferente de qualquer outro, seja porque apresenta suas próprias características (originalmente delimitadas pelo campo da resistência esboçada pela parte contrária), seja porque a definição de sua dimensão passa pelo crivo da forma como é assimilado pelas pessoas que o vivenciam. (PÉRES, 2018. p. 46).

Nesse seguimento, a mediação familiar é proposta como uma oportunidade de respostas as demandas envolvendo conflitos familiares. A finalidade é desvincular a problemática de conflitos familiares através da prática da mediação.

A mediação segundo o CNJ⁶ é um método de resolução de conflito no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Veja-se que na mediação, são abordados conflitos entre pessoas cuja relação é marcada por um vínculo anterior (passado ou atual), a exemplo das questões de família.

Gonçalves e Goulart (2018, p. 37) explicam:

É a mediação um jogo não adversarial e, por consequência, colaborativo, cuja interação entre os envolvidos e o mediador ocorre pela escuta ativa, pelo resgate da comunicação e pelo tratamento da lide sociológica. Os jogadores, que são os participantes, estabelecem as táticas cooperativas para que o

6 Conselho Nacional de Justiça

resultado seja positivo para todos. Ou seja, é um jogo em que a vitória não resulta na derrota do outro mas sim na satisfação de ambos.

A mediação compreende campo extenso que não permite definição estrita e única. Como a maioria dos conceitos referentes aos mecanismos de tratamento dos conflitos, a técnica não é invenção, mas adaptação do que já existiu em outras épocas e raízes culturais (GONÇALVES e GOULART (2018, p. 83)

Ainda podemos dizer que a mediação é um espaço democrático, conforme explica SPENGLER (2010, p. 320):

Se comparada à decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhandos os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior.

Conforme nos ensina Serpa (2003, p. 64), quando começaram as mudanças nas relações familiares, a exemplo das rupturas conjugais, as novas uniões estáveis, a pluralidade de modelos de famílias, acabaram por fazer surgir a mediação familiar de forma emergente a fim de colaborar nos efeitos da dissociação familiar, causa de agravamento dos conflitos, envolvendo adultos e crianças.

Inegável que a família traz consigo o hábito de administrar seus próprios conflitos e justamente por isso, a mediação tem efeitos facilitadores e correlacionados diretamente à proteção integral da criança e do adolescente.

O conflito começa onde finda o amor, os profissionais que atuam na área de família devem estar preparados para seguir o sofrimento das partes, guiando-se por técnicas comprometidas não só com o momento vivido, mas com o amanhã.

Em situações envolvendo crianças o processo colaborativo funciona melhor quando os adultos envolvidos reconhecem que as crianças precisam ter relacionamentos plenos e saudáveis com os dois genitores. (WEBB e OUSKY, 2017, p. 71).

Neste sentido, temos que “A construção da paz requer um amor mais forte, capaz de amar até mesmo aqueles que não retribuem, capaz de perdoar, de superar o conceito do inimigo”. (CHIARA, 2004, p. 43).

Não obstante para que a mediação familiar possa surtir efeitos práticos ante a ruptura conjugal, necessário se faz uma metodologia. O método do amor mediado criado por Luis Alberto Warat é ímpar, pois falar de amor. Uma proposta que não tem como finalidade o acordo, mas a produção da diferença entre as partes. Warat propõe a terapia do amor imediato (TAM) de forma que se “possa ajudar a compreender seus conflitos com maior serenidade, retirando deles a carga de energia negativa que impede a sua administração criativa (GONÇALVES e GOULART (2018, p. 87, citando a obra de WARAT.).

Nas palavras de Ildemar Egger (2001, p. 92):

[...] o modelo wariatiano, autodesignado “Terapia do Amor”, o qual propõe mediar a partir da psicoterapia do reencontro ou do amor perdido, de qual modo que nesse modelo de mediação é a inscrição do amor no conflito; busca assim, uma forma de realização da autonomia, uma possibilidade de crescimento através dos conflitos, ou seja, um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades, uma prática, dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade, uma prática cultural e um paradigma específico do direito, um direito da outridade, uma concepção ecológica do direito, um modo particular da terapia.

É o que é a mediação familiar senão a administração deste amor, agora com ponto final?

Nas palavras do professor e mestre da mediação familiar Juan Vezzula (2017), em que ele define o conflito:

O conflito não existe. É sempre momentâneo. Nenhum conflito veio caminhando em direção a uma mediação. É o nome que temos dado aos momentos difíceis de um relacionamento, que nos produzem desprazer, violência. Não é definitivo. Precisamos trabalhar a relação como um todo, temos que pensar nas pessoas e no futuro que desejam construir. Não estamos aqui para os conflitos, e sim para trabalhar relacionamentos humanos.

No entanto, é preciso uma metodologia e técnicas apropriadas, iniciando-se com uma sessão de pré-mediação, na qual o mediador explicará “os objetivos e os métodos do processo, seguida de sessões individuais com cada um dos lados envolvidos no conflito, alternando-se a seguir com sessões conjuntas”. (SOUZA, 2013, p. 208).

A mediação é uma conversa/negociação intermediada por alguém imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito (Definição do Conselho Nacional de Justiça). De acordo com o Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º, do Código de Processo Civil).

A mediação pode conduzir a uma maior compreensão dos diferentes interesses, valores e posições para que as partes, de maneira cooperativa, encontrem as melhores soluções de forma satisfatória para todos, preferencialmente preservando o relacionamento, reconstruindo o diálogo, que refletirá nos filhos por exemplo, caso tenham.

O mediador deverá ser um facilitador, um terceiro imparcial e neutro, não possuindo nenhum poder de decisão; é um guia que encaminha as partes envolvidas a uma solução possível e adequada, com ética e equidade. É um gerenciador que ouve tantos

sentimentos do casal quanto suas diferenças, não oferecendo a solução, mas definindo direções e opções possíveis de reestruturação familiar. (LEVY, 2008, p. 90/91).

Todavia necessário se faz entender que o mediador não é um terapeuta, está em uma condição de facilitar combinação de problemas com as soluções analisadas entre as partes. Também não é um Juiz, porque não está ali para dar razão a uma das partes, tal como esclarece Warat (2003, p. 91) “Os Juízes decidem os conflitos das partes trabalhando o segredo das normas jurídicas, nunca trabalhando sobre o segredo que organizou o conflito de seus desejos. Nisso se diferenciam os juízes dos mediadores.”

Veja-se, aqui é necessário perceber que a abordagem do mediador visa restaurar o diálogo entre as partes, para que elas manifestem suas vontades e através delas construam os passos que darão frente ao problema e não necessariamente o “fechamento de um acordo”.

Isto é a mediação de conflitos é um processo que tem por finalidade principal o reestabelecimento da comunicação, a transformação do conflito e, possivelmente, dos próprios indivíduos participantes.

Salienta Ávila (p. 40), quanto a fase de negociação das responsabilidades parentais, no que concerne aos acordos relativos às crianças – visitas, férias, residência etc., cujo objetivo é garantir o bem-estar delas, deve o mediador conhecer o impacto da dissolução nas crianças, utilizar estratégias para guiar os pais, fazendo-os dar prioridade às necessidades das crianças. Acrescenta também que elas são as vítimas da separação e podem estar comprometidas em questões das quais não querem estar inseridas

O mediador dará início à sessão, seguindo uma ordem cronológica, comportando a identificação do litígio, a coleta das informações, a criação de opções e a tomada de decisão por ambos os cônjuges, criando um clima de confiança favorável à resolução de conflitos, mesmo que os participantes estejam sob influência de

sentimentos de ira, decepção, frustração e vingança, instaurando sua neutralidade.

O desamor é complicado porque as pessoas não sabem dizer adeus colocar um ponto final em uma história, como relata Luis Alberto Warat: colocar ponto final, dizer adeus, sem gerar conflitos de despedida é uma tarefa muito difícil, então as pessoas precisam ser ajudadas, principalmente a descobrir que estão em uma fase de desamor. Ninguém nos ensinou a amar, muito menos nos ajudará a aprender a desamar, a fazer do amor uma boa despedida (ROSA, 2018, p. 68).

Tartuce (2015, p. 25) ao comentar sobre o tema entende que “No instante da retomada da comunicação produtiva, as diferenças poderão ser dirimidas, podendo ser preenchida a lacuna da falta de comunicação causada pelo conflito. Sendo preenchida pela conversa e possibilitando uma autocomposição amigável até se chegar a um acordo.

Geralmente, as partes da ruptura conjugal, não possuem compreensão em relação aos seus interesses, logo não conseguem se posicionar em relação a determinado problema, tampouco percebem que essa falta de posição acaba por atingir o melhor interesse da criança e ou do adolescente, que por sua posição filial, fica no meio do cerne da discussão.

Infelizmente, não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais reivindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes promovido por seus egoísticos interesses pessoais, em que visa a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor. (MADALENO, 2012, p. 116);

Por este motivo, o papel do mediador, sendo este, terceiro legitimado para conduzir a facilitação da comunicação entre as partes, devendo propiciar a narrativa da percepção de cada um sobre o conflito, a fim de extrair de cada parte, os valores

preponderantes e faze-los compreender do impacto de uma postura combativa.

De acordo com Vasconcelos (2015, p. 58):

As mediações direcionadas a relação obtém melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantém relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atividade em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar mediandos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas primeiramente, á transformação do conflito ou restauração da relação e só depois a construção de algum acordo.

Ao passo que a dissolução conjugal, torna a opção, as partes muitas vezes, vão diretamente para o litígio, através de ações judiciais, que por muitas vezes os filhos são colocados em torno do conflito, como uma espécie de escudo, causando a este dor e sofrimento. E dentro deste sofrimento, pai e mãe não enxergam o filho, o tempo passa, e o conflito acentua e na prática restam uma criança e ou adolescente, que está aprendendo tudo que está vivenciando. E se ele vive em um ambiente hostil, assim também se comportará.

Assim, tendo em vista a enorme quantidade de processos judiciais na área familiar, o método de gestão de conflitos, especialmente através da mediação familiar, tem se mostrado o melhor caminho a seguir. Eis que devem ser levados em consideração que quanto mais cedo os pais retomam o diálogo, melhor será para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Conforme Miranda (2012, p. 01):

O conflito no indivíduo seria como a convergência de forças de sentidos opostos e igual intensidade, que surge quando existe atração por duas forças positivas, mas opostas (desejo de assistir a uma peça e a um filme exibidos no mesmo horário e em locais diferentes); ou duas forças negativas (enfrentar uma operação ou

ter o estado de saúde agravado); ou uma positiva e outra negativa, ambas na mesma direção (desejo de pedir aumento e medo de ser despedido por isso).

Quando os restos do amor se vão para o Poder Judiciário tecem-se verdadeiras histórias de degradação do outro em nome de reivindicação de direitos. Na verdade, os participantes estão buscando na maioria das vezes, o tamponamento de seu desamparo estrutural. Nesse sentido, os conflitos familiares exigem cuidado afetivo por conta da existência de relações que precisam se perpetuar no tempo. A mediação privilegia a sensibilidade necessária para tratar as disputas, pois como bem pontua Warat, para entender os vínculos é etapa fundamental a autocompreensão da dinâmica das relações. (GONÇALVES e GOULART (2018, p. 92).

É necessário, então, o reconhecimento de que a partir desta distinção se torna possível a existência da comunicação eficiente entre as partes, pois tem como finalidade estimular a compreensão da relação pessoal, a qual se dá a partir do momento em que cada uma das partes reconhece as suas responsabilidades no conflito, encontrando elas próprias um meio capaz de se chegar a raiz do problema. (BARBOSA, 2015).

Subsiste, uma gama de possibilidades de soluções de conflito, no entanto possibilitar as partes através do instrumento da mediação familiar, que preencha o espaço vazio e crie com as ferramentas internas, um caminho para reconhecer que o conflito existe, mas as partes podem delimitar suas dificuldades e recomeçar.

A mediação familiar, adentra em conjunturas do conflito, empenhando-se para que esta prática solucione ou ao menos minimize o conflito e permita uma reflexão na aproximação das partes, e por fim reestabelecendo o diálogo. Afinal o laço conjugal pode ser rompido a qualquer momento, no entanto o laço da parentabilidade permanece por toda a vida.

Ainda suscitando sobre o tema afirma Daniele Tozzi Reppold (2012, p.):

Na mediação familiar, em sessões sucessivas, alcança-se um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercerão em conjunto a guarda, pois não compete ao mediador julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais. Portanto, deve-se estimular cada vez mais a aplicação imediata em soluções alternativas ao judiciário para resolver problemas de menor complexidade.

A mediação consegue propiciar a conservação do relacionamento, solucionando a lide e transformando as atitudes das partes. Desse modo tende a dificultar bastante a ocorrência de impacto na criança e no adolescente, permitindo que esta seja de fato visto como um sujeito de direitos e por conseguinte, tutelado pela proteção integral.

A de se reconhecer que a mediação familiar é uma respeitável aliada na gestão do conflito, pois é através da retomada do diálogo dos pais, que será possível partir para a busca de meios mais céleres e protecionistas em relação à criança e o adolescente – como regularização de guarda, regulamentação de convivência, entre outros pontos correlacionados e inerentes ao tema.

Temos que a mediação é inegavelmente um viés menos burocrático que a via judicial, pois possibilita as partes a possibilidade de retomada do diálogo, restauração dos relacionamentos familiares e por consequência o melhor interesse da criança.

Muitas vezes, por estarem em um relacionamento perturbador, devastado por brigas, onde a única consequência é o divórcio, muitos casais buscam através dos filhos, um respaldo para justificar seu comportamento, fazendo com que a relação se torne cada vez mais destrutiva e os filhos presenciando, se tornam vítimas dos próprios pais.

Apreende-se que a mediação é o instituto mais indicado em relação à conflitos familiares que envolvam cônjuges com filhos, pois ele é capaz de fazer as partes desenvolverem melhor o diálogo. Tendo como premissa que a comunicação é o meio para se chegar a um consenso, acaba por aproximar as partes, fazendo estas interagirem tendo como fim o restabelecimento dos laços afetivos, buscando a solução mais indicada e a ressignificação do conflito.

Assim parafraseando Gonçalves e Goulart (2018, p. 92) a prática da cultura da mediação familiar, neste interim, é prática que propõe a substituição da relação combativa (típica de rupturas) por uma relação de cooperação, que busca a consideração, o respeito, a empatia e a resiliência, ou seja, apresenta-se com diferencial para o enfrentamento do conflito de modo construtivo.

Neste sentido, a mediação familiar se mostra como uma importante ferramenta para resolver demandas judiciais envolvendo a proteção integral da criança e do adolescente, podendo promover à sociedade um excelente trabalho de reestruturação das famílias, ainda que os laços da conjugalidade interrompidos.

O filósofo Aquilino Polaino, na obra “Aprender a escutar. A necessidade vital de comunicarmos”, questiona: “O que é necessário para levar alguém, com um verdadeiro sucesso, a um ponto preciso? Ter antes de tudo o cuidado de cativar e começar onde ele se encontra”.

E para “começar onde tudo se encontra”, é necessário guardar por um momento tudo o que um genitor sabe do outro, colocando-nos simplesmente a escutar, com compreensão e ativamente, aquilo que a pessoa tem a dizer. Por fim, compreender que pai e mãe é para sempre, já a infância e adolescência se vive uma única vez!

Referências

- ÁVILA, Eliedite Mattos (org). **Mediação Familiar: Formação de base.** Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostila.pdf>.. Acesso em: 28 novembro de 2018.
- BAPTISTA, SilvioNeves.Manual de Direito de Família. Editora Bagaço.
- BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar.** São Paulo, 2015
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Vade Mecum. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Constituição Federal.** Vade Mecum. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Manual de Mediação Judicial, AZEVEDO, Andre Gomma de (org), 2016, p. 20).
- BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes. **Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DALLARI, Dalmo A. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado,** São Paulo: Malheiros, 2018.
- DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Mediação de Conflitos nos Casos de Alienação Parental.** São Paulo: Lumen Juris: 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos. Os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008.

NOLTE, Dorothy Law. **As crianças aprendem o que vivenciam.** (Tradução de Maria Luiza Newlands da Silveira). Editora Sextante: Rio de Janeiro, 2011.

OTTOBONI, Mário. **Seja solução e não a vítima!:** Justiça Restaurativa, uma abordagem inovadora. Editora Cidade Nova: São Paulo, 2004.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos Conciliar?:** Elemento de aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação do conflito. Editora Habitus: Florianópolis, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa:** a efetivação dos direitos as criança e adolescentes. Editora Juspodivm: Salvador, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família Contemporâneo.** Separação e Divórcio. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 1997.

SANCHES, Helen Crystine Corrê; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

SANCHES, Helen Crystine Corrê; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente:** Da Vara dos Menores à vara da infância e juventude. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016

SILVA, Gomes Marcelo. *In:* VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros, 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de Conflitos e o novo Código de Processo Civil. *In:* SPENGLER, F. M.; BEDIN, G.A. (org.). **Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação.** Curitiba: Multideia, 2013.

SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. **Patriarcado e capitalismo:** uma relação simbiótica. *Temporalis.* Brasília, 2015, vol. 15, n. 30.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação.** Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SERPA, Maria de Nazareth *apud* FUGA, Marlova Stawiski. **Mediação Familiar.** Passo Fundo: UPF, 2003.

- SIX, Jean François *apud* FUGA, Marlova Stawiski. **Mediação Familiar**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROLF, Madaleno. Guarda Compartilhada. *In*: IBIAS, Delma Silveira (coord.). **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra & Vida, 2012.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civil**. São Paulo: Método, 2008.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2015.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. O paradigma da proteção integral e sua incidência sobre o direito de família. *In*: ROSA, Conrado Paulino da *et al* (orgs.). **Novos paradigmas em Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2018.
- WALLESTEL, J. S.; BLAKESLEE, S. **:Second Chances: men, women and children a decade after divorce**. New York: Houghton Mifflin Company, 1989.
- WARAT, Luis Alberto *apud* FUGA, Marlova Stawiski. **Mediação Familiar**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Editora Habitus: Florianópolis, 2012.
- WEBB, Stuart G. **O caminho colaborativo para o divórcio: o método revolucionário que, sem recorrer ao tribunal, resulta em menos estresse, custos menores e crianças mais felizes**. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017.

Site consultado:

<https://oglobo.globo.com/sociedade/conte-algo-que-nao-sei/juan-carlos-vezzulla-psicologo-mediador-conflito-nao-existe-sempre-momentaneo-21770331>. Acesso em 7 de dezembro de 2018.