

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR LITORAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

ELIAS DOS SANTOS

**A CRIANÇA E O USO DA FORÇA FÍSICA EM NOME
DE BEM EDUCAR**

Matinhos, junho de 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR LITORAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

ELIAS DOS SANTOS

A CRIANÇA E O USO DA FORÇA FÍSICA EM NOME DE BEM EDUCAR

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de Especialista em
Educação em Direitos Humanos pela
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dra. Juliana Quadros

Matinhos, junho de 2015.

PARECER DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Os membros da Banca Examinadora designada pela Orientadora Prof. Dr. **JULIANA QUADROS** realizaram em 08/08/2015 a avaliação do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) do estudante **ELIAS DOS SANTOS**, sob o título "A criança e o uso da força física em nome de bem educar", para obtenção do Título de Especialista em *Educação em Direitos Humanos* pela Universidade Federal do Paraná – Setor Litoral, tendo a estudante recebido nota "9,0" e conceito "APL".

Pontal do Paraná, 08 de agosto de 2015.



Prof. Dr. Márcia Pinto Ferreira Murain
Professora do Curso de Especialização
Educação em Direitos Humanos – Pólo
Pontal do Paraná



Prof. Dr. Juliana Quadros
Professora do Curso de Especialização
Educação em Direitos Humanos – Pólo Pontal
do Paraná



Prof. Rosane Barros Santana
Tutora do Curso de Especialização
Educação em Direitos Humanos – Pólo
Pontal do Paraná



ELIAS DOS SANTOS
Estudante do Curso de Especialização
Educação em Direitos Humanos
UFPR Setor Litoral

Dedico este trabalho a minha Esposa
Maria Mônica Negreiros Cesar

AGRADECIMENTOS

Primeiramente Ao Senhor Jesus Cristo.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho, Meus Pais, Familiares Professores e Amigos.

“Transformação é uma porta que se abre por dentro”.

Provérbio Francês

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o tema, castigo aplicado a criança com a intenção de educa-la. Foi realizado um levantamento histórico a respeito da configuração da infância Brasileira em comparação os seus direitos expostos nas legislações, por meio desta compreender a educação e aplicação do castigo com intuito de bem educar. Faz se um traçado histórico envolto nos códigos menoristas Brasileiro, período da infância estatal, momento em que a criança nãoeram considerados como sendo sujeitos de direito. Um levante ainda pelos anos oitentas e Assembleia Nacional Constituinte, isto é, período pré-estatuto da Criança e do Adolescente e a mobilizações populares em favor da infância, como decretos e convenções internacionais. Finalizando com o instituto do poder familiar e as suas implicações na utilização da força para educar.

Palavra chave: Castigo, Infância, Poder Familiar, Direito.

ABSTRACT

This research aims to examine the issue , punishing the child with the intent to educate her. It conducted a historical survey of the its Brazilian childhood setting compared their rights set out in the legislation , through this understanding the education and application of punishment in order to educate as well . It is a historical route wrapped in Brazilian childhood codes period of state infancy, when the child not considered as subjects of law . An uprising by even eighties and the National Constituent Assembly , that is, pre- status period of Children and Adolescents and the popular mobilization on behalf of children , such as decrees and international conventions. Ending with the familiar power of the institute and its implications for the use of force to educate .

Keyword : Punishment , Childhood, Family Power , Law.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
EPÍGRAFE	6
RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	10
1. CAPÍTULO I: HISTÓRICO	12
1.1. O BRASIL COLONIA E O BRASIL IMPÉRIO, BEM COMO O RETRATO DO CASTIGO MODERADO EMPREGADA CONTRA A CRIANÇA	12
1.2. O IMPÉRIO E A VISÃO DO CASTIGO MODERADO APLICADO CONTRA A CRIANÇA.....	14
1.3. O CASTIGO MODERADO EMPREGADA CONTRA A CRIANÇA DURANTE A REPÚBLICA VELHA.....	17
2. CAPITULO II: OS CÓDIGOS MENORISTAS BRASILEIRO, BEM COMO AS LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS (DECRETOS E CONVENÇÕES) E A ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DE 1988 E O CASTIGO EMPREGADO A CRIANÇA COM INTUITO EDUCATIVO	22
2.1. O CÓDIGO MELLO MATTOS DE 1927 E O CASTIGO MODERADO.....	22
2.2. O CÓDIGO DE MENORES DE 1979.....	25
2.3. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 EM RELAÇÃO AO CASTIGO MODERADO.....	29
2.4. DECRETOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.....	33
2.5. OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEUS DIRECIONAMENTOS EM RELAÇÃO À INFÂNCIA E AO CASTIGO MODERADO ASSEMBLEIA CONSTITUINTE.....	36
3. CAPITULO III: A LEGISLAÇÃO VIGORANTE DO CASTIGO MODERADO APLICADO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE PELOS PAIS OU RESPONSÁVEIS	40
3.1. O PODER FAMILIAR VERSUS O CASTIGO MODERADO.....	40
3.2. O CASTIGO MODERADO E OS MAUS-TRATOS.....	45
3.3. O CASTIGO MODERADO APLICADO PELOS PAIS AOS FILHOS, COMO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO.....	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

Esta Monografia se destina a reunir informações e análises, com o intuito de interpretar, estudar e agregar valores relevantes ao tema, ou seja, as implicações da utilização do castigo físico, aplicado na criança, com a justificativa de educação.

A utilização da força com a apologia de bem educar esta presente historicamente deste o descobrimento do Brasil; veremos que esta pratica legalmente era aceito na legislação nacional e que a Criança e o Adolescente no decorrer dos anos vem adquirindo Direitos e Deveres até o presente momento aonde se tornam sujeitos de Direitos.

O estudo disporá uma análise histórica em torno da legislação aplicada a Criança Brasileira, para então chegar, as implicações do castigo com intuito de bem educar.

Discorrerá, sobre correntes jurídicas favoráveis e as contrarias, no que tange aplicação do castigo para educar, ou seja, a utilização do castigo moderado ou imoderado para a educação do infante.

Porém, no meio familiar, a presente monografia discute a existência atual na ótica em torno da utilização do castigo moderado para educação da Criança.

Desta feita, com intuito de acolher da melhor maneira os objetivos da realização da presente pesquisa foi dividida para melhor compreensão em três capítulos, e todos se subdividem em tópicos.

No primeiro capítulo expusera historicamente a utilização do castigo no meio educativo, ou seja, desde o período Colonial e findaremos este tópico na Velha República, isto é, desde o descobrimento do Brasil, com os padres da Companhia de Jesus (Jesuítas), e a utilização do castigo para educar sempre comparando com as legislações vigentes da época.

Já o segundo capítulo deste estudo aborda os Códigos Menoristas Brasileiros, ou seja, Código Mello Matos de 1927 e Código de Menores de 1979, e ainda, confrontando primeiramente o Código Civil de 1916 que vigorou em nossa legislação até o ano de 2002.

Trará também tópico dedicado aos decretos e convenções internacionais e a Assembleia Nacional Constituinte que influenciaram na criação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Findaremos com um capítulo dedicado a analisar nossas Legislações Vigentes, ECA, Constituição Federal e Código Civil e Penal, com aplicação do castigo Fisco Moderado aplicado á Criança no âmbito familiar.

1. CAPÍTULO I: HISTÓRICO

O capítulo que segue, trata-se sobre um levantamento histórico sobre a infância e a forma com que a educação se direcionava em relação à aplicação de castigos contra as crianças, em se falando de Brasil, iniciaremos o estudo no período Colonial e findaremos esta parte na Velha República, com a criação do Código Mello Mattos.

1.1. O BRASIL COLONIA E O BRASIL IMPÉRIO, BEM COMO O RETRATO DO CASTIGO MODERADO EMPREGADA CONTRA A CRIANÇA.

A imposição de castigo à criança como meio de educação no Brasil veio com os Europeus especificamente como os Padres Jesuítas, ou seja, os primeiros padres da Companhia de Jesus em 1549 reservavam àqueles que faltavam à escola jesuítica palmatórias e o tronco.

Sabe-se, no entanto que a relação indígena a tal tipo de prática era de indignação e, muitas vezes, abandonavam o local de estudo por este motivo; pois os mesmos não se utilizavam desta metodologia para disciplinamento de seus filhos.

Viviane N. A. Guerra¹ cita relatos dos padres jesuítas a respeito do feito: “Como dizia o padre Luiz Grã, em 1553, “sem castigo não se fará vida””, também relata que “os índios do Brasil nunca batem em seus filhos por nenhuma coisa” (Viviane Nogueira de Azevedo Guerra p-76), tal feito causou espanto entre os colonizadores que indagavam a respeito: “nenhum gênero de castigo tem para os filhos... , quando pequenos são obedientíssimos a seus pais e mães, e todo muito amável e plausível...” (Viviane Nogueira de Azevedo Guerra p-76 e 77).

No período em questão vigorou no Brasil as Ordenações Manuelinas² e as Ordenações Filipinas³ que permaneceu a legislação penal até

¹ Viviane Nogueira de Azevedo Guerra – Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada 3ª ed. Cortez São Paulo.

² Dom Manuel I, o venturoso, rei de Portugal publicada em 11 de março de 1521 - Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001 - P-54.

³ As Ordenações Filipinas foram definitivamente promulgadas no Reinado de Filipe II de Portugal (III, de Espanha), no ano de 1.603. Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001 - P-57

1830 com a promulgação do Código Penal do Império sendo que a legislação civil perdurou até a Promulgação do Código Civil no ano de 1916.

No entanto no período escravocrata vivenciado nesta mesma época por nossa nação, na obra de Gilberto Freyre casa grande e senzala relatada por Viviane N. A. Guerra⁴; aponta que os filhos dos senhores de engenho desde cedo deveria se acostumar com a imposição de todo o tipo de castigos, e no que se refere à criança escrava com direito a mais requintes de crueldade ainda.

Historiadores relatam que a imposição do castigo a criança escrava, às vezes eram até mais bárbaros do que as empregadas em face dos adultos escravos, pois os valores dos mesmos eram menores no mercado.

Tal feito desmistifica a ideia do país pacífico nas relações raciais (negro-branco) e compreende que é tal violência responsável pela manutenção do sistema atual, qual seja o controle social.

Por fim expõem:

Que se passando do Brasil Colônia ao Brasil Império e ao Brasil Republica as crianças – quer sejam brancas, negras, ricas, pobres de sexo masculino ou feminino – tem sido disciplinada por praticas que incluem os castigos físicos.

Que este disciplinamento tem se tornado sinônimo de educação para a obediência à lei do adulto (no sentido bíblico de obediência à lei do Pai (Azevedo, 1994)).

A respeito das legislações vigentes na época no diz respeito à infância no Brasil, Irene Rizzini⁵ em sua obra A Criança e a Lei no Brasil expõem que “na primeira metade do século XIX, pode-se dizer que essa preocupação limitava-se aos casos de crianças órfãos e enjeitados”. (Irene Rizzini p 9).

A autora pondera que tal pratica já estaria presente no século XVIII por meio, da prática de recolhimento de crianças nas Casas dos Expostos, reconhecida pela existência da “roda dos expostos”, que era uma espécie de roleta na qual a criança era depositada e adentrava na instituição sem que a identificação da pessoa que a deixava.

⁴ Viviane Nogueira de Azevedo Guerra – Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada 3ª ed. Cortez São Paulo.

⁵ Irene Rizzini A Criança e a Lei no Brasil.

Sobre o assunto ainda indaga: “Sabe-se que em 1775, o alvará emitido pelo Ministro Sebastião José Carvalho e Mello, veio a regulamentar o recolhimento de crianças enjeitadas”. (Irene Rizzini – p 97).

Antonio Carlos Gomes da Costa pondera que: “durante todo o período colonial e ao longo do primeiro e segundo império, não tivemos no país instituição publica que atendesse a chamada infância desvalida.”.

O autor⁶ instrui que durante os quatro primeiro séculos de nossa evolução histórica, o Brasil não enfrentou a “questão do menor” coube à igreja representada pelas Santas Casas de Misericórdia, irmandades, congregações e confrarias formarem um conjunto de obras de benemerência.

1.2. O IMPÉRIO E A VISÃO DO CASTIGO MODERADO APLICADO CONTRA A CRIANÇA.

As leis que valeram no Brasil neste período foram a Constituição⁷ e o Código Penal⁸ do Império, e no que tange a direito da Criança e do Adolescente pode-se afirmar que o cenário permaneceu quase que intacto.

O momento em questão se perfilou quando foi vivenciado no Brasil o período Escravocrata, onde o tipo de disciplinamento foi aceito de certa forma pela sociedade.

O Código Penal do Império revogou a parte criminal das Ordenações Filipinas, legislação Portuguesa que vigorou em nossa pátria durante mais de dois séculos. Entretanto em seu bojo trouxe os vícios expressados pela antiga lei, dentre as quais no que se refere à aplicação do castigo em pró da educação de Crianças e Adolescentes.

O consentimento de todo o tipo de castigo com a comprovação de educar a infância Brasileira, tremulou explicitamente em nosso diploma penal⁹, No qual não se previa punições as praticas de quaisquer tipos de castigos, justificando conforme se descreve o crime:

⁶ Antonio Carlos Gomes da Costa – Infância Juventude e Políticas Sociais no Brasil.

⁷ Constituição do Império do Brasil outorgada em 25 de março de 1824.

⁸ Código Criminal do Império do Brasil publicada em 8 de janeiro de 1831.

Capítulo II

Dos Crimes Justificáveis

6º. Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez a qualidade delle não seja contraria ás leis em vigor.

Em se confrontando com a legislação antiga (Ordenações Filipinas¹⁰), no que tange ao direito da Criança e do Adolescente a menoridade baixou de 17 (dezesete anos), para 14 (quatorze anos). Entretanto herdou da antiga, a não inimputabilidade penal, e a comprovação de discernimento, para o julgamento transcórrer ou não.

A redação definitiva ao projeto do Código Criminal do Império deu-se em 19 de outubro de 1830, e foi aprovado sem modificações pelo senado, em 26 de novembro do mesmo ano, subindo a sanção para o Imperador que em 16 de dezembro promulgou a referida lei. Portanto o Código Criminal do Império foi publicado em 8 de janeiro de 1831.

O diploma reservou atenção à infância, descrevendo no início, quando o mesmo relata a respeito de crime e criminosos, aonde se expunha, sobre os delinquentes que a lei não poderia julgar como sendo criminosos, assim pondera:

TITULO I

DOS CRIMES

Capitulo I

Dos Crimes e dos Criminosos

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º. Os menores de quatorze annos.

Art. 13. Se provarem que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhido às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezasete annos.

O código do império não tratou da inimputabilidade na menoridade e atribui ao julgador à verificação do discernimento do menor de 14 (quatorze anos),

⁹ Código Criminal do Império do Brasil publicada em 8 de janeiro de 1831.

¹⁰ Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001 – Página 209.

também trouxe a inovação da casa de correção, ou seja, a separação do delinquente pela idade.

Em relação a criança escrava, no caso, os negros estes estariam automaticamente de fora, pois não tinha direitos alguns, e as punições eram feitas pelos senhores.

Sobre o período em questão Viviane N. A. Guerra¹¹prepondera: “Sabe-se, hoje, que a violência marcou profundamente a relação escravista em nosso país, sendo esta mesma violência responsável pela manutenção de tal sistema, ou seja, uma forma de controle social.” (Viviane Nogueira de Azevedo Guerra, p-78).

Já para Irene Rizzini¹² a legislação vigente no período em questão, que faz alusão à infância gira em torno da preocupação como o recolhimento de crianças órfãs e expostas. Descreve: “O que encontramos são medidas de caráter essencialmente assistencial, lideradas pela iniciativa privada de cunho religioso e caritativo.” (Irene Rizzini p-11).

A referida autora também expõe no que se refere às leis redigidas neste período, a preocupação com a formação educacional das crianças tema de particular interesse do Imperador Dom Pedro II.

Indaga que seriam leis que regulamentavam o ensino primário e secundário através dos decretos nº. 630, de 17 de setembro de 1851e nº. 1.331 – A, de 17 de fevereiro de 1854, havia contido no decreto nº. 5.532, de 24 de janeiro de 1874, a criação de 10 escolas publicas de instrução primaria, de primeiro grau.

A respeito do fato cita:

Os legisladores ocuparam-se com a regulamentação do ensino, tornando-o obrigatório e incentivando a criação de escolas, bem como facilitando o acesso das crianças pobres. Porém, tais escolas não eram, na realidade, destinadas a todos. Não eram permitidos “*meninos que padecerem moléstia contagiosa; os que não tiverem sido vacinados, e os escravos*” (Decreto nº. 1.331-A, de 17 de fevereiro de 1854). Quanto às crianças indígenas, essas nem foram mencionadas.

¹¹ GERRA, Viviane Nogueira de Azevedo – **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada** 3ª ed. Cortez São Paulo-SP.

¹² RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002, p 9-18,

Prepondera ainda a autora¹³ que a partir de 1850, começa a tomar corpo à legislação referente aos escravos, impulsionado pelo movimento abolicionista, também liderado pela medicina higienista, o interesse se voltou para a família, porém tomou corpo somente na passagem do século.

No entanto, havia visivelmente a finalidade de reprimir a delinquência, como indicam a lei penal já citada, no entanto esta esteve sob controle das autoridades policiais e judiciárias da época.

1.3. O CASTIGO MODERADO EMPREGADA CONTRA A CRIANÇA DURANTE A REPÚBLICA VELHA

O final do século XIX ficou marcado pelo advento da Abolição da Escravatura, o fim da guerra do Paraguai e pela Proclamação da República. Para Irene Rizzini, é neste cenário que entra em cena outra criança, descrita pela elite intelectual, política e filantrópica como “um magno problema”.

As mais importantes legislações vigentes neste período eram: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e o Código Penal e por fim o Código Civil Brasileiro, este promulgado somente no ano de 1916.

Decreto 1, de 15 de setembro de 1889, de Proclamação da República, foi o que precedeu a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, que nasceu com a colaboração do ilustre jurista Rui Barbosa na definição de seus textos.

A Constituição de 1889 foi inspirada no modelo Norte-Americano e trazia em seu bojo, a divisão de poderes, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário, herdou também os direitos e garantias individuais contidos no artigo 72, em 31 itens, com a inclusão do *habeas corpus*.

Algumas novidades contidas no artigo 72, § 2º, da referida Carta Magna esta por conta da não admissão de privilégios de nascimento, o desconhecimento dos foros de nobreza e extinção das ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de

¹³ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002, p 9-18,

conselho. Por fim no ano de 1926, através de uma reforma, incluem-se as emendas a Constituição.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil foi observado pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Trouxe em seu corpo a conduta delitiva praticada pela Criança e do Adolescente, assim fixou¹⁴:

TITULO III

Da Responsabilidade Criminal; as Causas que Dirimem a Criminalidade e Justificam os Crimes.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º. Os menores de 9 anos completos;

§ 2º. Os maiores de 9 e os menores de 14 que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimento disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos.

O Código inovou apresentando a inimputabilidade as crianças menores de 9 (nove) anos e as maiores de 9 (nove) anos e menores de 14 (quatorze) anos que agirem sem discernimento. Entretanto a menoridade de 14 (quatorze) anos permaneceu no novo diploma.

O artigo 30 do referido diploma, é uma cópia do código anterior (Código Penal do Império), trazendo também em seu bojo a responsabilidade inquisitória do juiz de decidir sobre o discernimento ou não da Criança maior de 9 e menor e 14 anos de idade. Os estabelecimentos disciplinares também foram acatados pelo diploma, ou seja, a separação do delinquente pela idade em internatos.

O “magno problema”, citado inicialmente por Irene Rizzini¹⁵, se tratava do surgimento de uma nova camada populacional, ou seja, eram os negros recém-libertos que aumentavam a referida problemática sociais da época.

Os Afro-Brasileiros livres do controle dos senhores começaram a habitar os morros da capital do país (Rio de Janeiro), porém o conceito família vivido pelos mesmos no cárcere não se encaixou nos moldes pós-abolição.

¹⁴ Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001 – Páginas 275 e 276.

¹⁵ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002, p 9-18

Destaca Viviane N. A. Guerra¹⁶ descreve que “a sociedade escravista Brasileira tinha por fundamento a violência” (Viviane Nogueira de Azevedo Guerra, p-78), e foi produziu uma enorme rede de controle social. Pondera que o escravo neste período não tinha absolutamente nenhum direito, e quando foi liberto ficou entregue a própria sorte.

Aparecia aqui à preocupação com a segurança das famílias mais bem-sucedidas, começa então o esboço do instituto família Brasileira, de um lado os dominadores do mecanismo Estado, autores do famigerado controle social no período escravocrata, do outro lado os mal-afortunados e os recém-libertos negros.

O acréscimo da camada pobre foi evidente, acendeu ainda mais o numero de Crianças e Adolescentes abandonados, o diploma tratou de rotulá-los, conjugado aos mendigos e ébrios. A intenção da Legislação Penal, não era de proteção à infância e a família, mas sim de impor a responsabilidade familiar, fazendo com que as estirpes cumprissem o novo papel imposto pela sociedade dominante.

Assim o Código Criminal¹⁷ observou:

CAPITULO XII

Dos mendigos e ébrios

Art. 395. Permitir que uma pessoa menor de 14 annos sujeita a seu poder, ou confiada á sua guarda e vigilância, ande a mendigar, tire, ou não, lucro para si ou para outrem:

Pena – prisão cellualar por um a três meses.

O Código também não se esqueceu dos ex-escravos capoeiras que lutaram na guerra do Paraguai e voltaram como heróis, mas agora eram vistos pela sociedade atemorizada, como sendo um perigo. O diploma os igualou aos vadios, e o heroísmo simplesmente desapareceu por força da lei, e a ocupação útil durante as batalhas, se tornou uma ofensa a moral e aos bons costumes.

O Código¹⁸ não se conteve em abolir a pratica da arte, como também, reservou punição também ao adolescente que praticasse, descreve:

CAPITULO XIII

¹⁶ Viviane Nogueira de Azevedo Guerra – Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada 3ª ed. Cortez São Paulo.

¹⁷ Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001.

¹⁸ Pierangeli, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001.

Dos vadios e capoeiras

Art. 399. Deixar de exercitar profissão ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicílio certo em que habilite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes:

Pena – de prisão celular por quinze a trinta dias.

§ 2º. Os maiores de 14 anos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, onde poderão ser conservados até a idade de 21 anos.

No entanto, Irene Rizzini¹⁹ comenta em sua obra que “de 1906 a 1927, diversos projetos de lei foram debatidos, com o objetivo de se regulamentar a proteção e a assistência à infância”. (Irene Rizzini p-89). Isto é, as três primeiras décadas do início do século XIX, ficou marcado como sendo um dos períodos mais frutíferos no que tange a legislação infantil Brasileira.

Historicamente a lei que indicou o caminho político para que fosse promulgada uma lei especial sobre Criança e Adolescente no Brasil foi a lei nº. 4.242 de 05 de janeiro de 1921, assinada pelo então Presidente do Brasil Epitácio Pessoa, através da qual aprovou a “organização geral da assistência”, através de decreto que regulamentava o orçamento da União.

A referida lei, depois de fixar a receita e a despesa, continua no artigo 3º autorizando o Poder Executivo a organizar a “Assistência e Proteção à infância abandonada e delinquente”, ou seja, os ditos “menores de ruas”. A autora comenta que “em 1924, o Decreto 16.300 instituiu a Inspetoria de Higiene Infantil, como parte do Departamento Nacional de Saúde Pública”. (Rizzini, p26).

No mesmo ano foi aprovado o Regulamento de Proteção dos Menores, Decreto 16.300 do qual a autora comenta “Trata-se de um texto que impressiona pela determinação em abarcar todos os possíveis detalhes sobre o problema dos menores”, (Rizzini, p26).

Sobre o período em questão destaca Viviane N. A. Guerra²⁰, sobre uma comunicação apresentada por Taciano Basílio no 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, onde o apresentador defende o castigo à Criança. Defende ele

¹⁹ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história**. (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

que as orientações nacionais (leis e Decretos), somente continham vantagens nas firmes represarias aos desvios de condutas na infância.

Complementa também que a imposição gradual dos castigos em geral, na infância, seria para que a criança compreendesse que a prática de determinados atos não era conveniente, e com isto, entendia que o bem lhe é permitido e o mal lhe é proibido.

A autora destaca que para o congressista deveria as tendências naturais da infância deveria ser repreendidas ao extremo, inclusive física, esta pelos castigos corporais, ou seja, safanão, bofetadas e palmadas. Defende também o castigo psicológico orientado que se deveria agir através de gestos, com o jogo do olhar, pelo tom da voz ou pelo silêncio pesado.

²⁰ Viviane Nogueira de Azevedo Guerra – Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada 3ª ed. Cortez São Paulo.

2. CAPITULO II: OS CÓDIGOS MENORISTAS BRASILEIRO, BEM COMO AS LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS (DECRETOS E CONVENÇÕES) E A ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DE 1988 E O CASTIGO EMPREGADO A CRIANÇA COM INTUITO EDUCATIVO.

O capítulo que segue, inicia-se com um tópico dedicado ao Código Civil Brasileiro de 1916 que vigorou no país até o ano 2002, como foi sua relação com dos dois códigos menoristas de 1927 e 1979, e ainda o estudo abordará o que significou para a infância Brasileira a implantação desta política estatal menorista, e quais foram as consequências, no que se refere à implantação do castigo para fins educativos. Por fim se fará um estudo nas leis internacionais (Decretos e Convenções), e análise da Assembleia Constituinte de 1988, que influenciaram na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

2.1. O CÓDIGO CIVIL DE 1916.

Em 1916 entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, revogando as Ordenações Filipinas que regia parte dos direitos civis dos Brasileiros desde período Colonial. O diploma civil nasceu durante o período citado no capítulo anterior, aonde a família Brasileira começava a ser constituída.

No que se refere ao Direito da Criança e do Adolescente o revogado Código Civil, trazia no seu bojo, a respeito do Pátrio Poder. O “*Patria-potesta*” originado dos Romanos na qual se fundamenta o poder patriarcal, que originou em conjunto com a instituição família nos primórdios da humanidade.

As antigas legislações Hebraicas (Bíblia Sagrada) e direito Romano (a lei das doze tabuas), os pais tinham poder absoluto, inclusive o de vida e morte (*vitae et nec*), sobre os filhos. Para Anísio G. Martins²¹ “o direito Brasileiro, pela origem das Ordenações Filipinas, o pátrio poder era perpetuo, enquanto o pai vivesse”. (Martins, p-101).

²¹ Garcia, Anísio Martins, Direito do Menor, comentário e notas, editora Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. São Paulo SP, 1988.

O autor pondera que a norma vigorou até 1831, até o Código Criminal de o império fixar a maioridade para 21 (vinte um) ano e com o diploma de 1916, foi definida pelo artigo 379 a 395, a predominância quase que absoluta do pai de família resguardando a mãe o direito somente em caso de morte do marido.

Entretanto, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1962, a lei 4.121 (Estatuto da Mulher), colocou a mulher com os mesmos direitos do marido no que se refere ao Pátrio Poder. Sobre o tema o Diploma Civil²² de 1916 descreveu:

Seção II

Do Pátrio Poder Quanto a Pessoa do Filho.

Artigo 384 – Compete aos Pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – Dirigir-lhes a criação e educação.

Seção IV

Da suspensão e extinção do Pátrio Poder

Art. 395 – Perderá por ato judicial o Pátrio Poder o pai, ou a mãe:

I – Que castigar imoderadamente o filho;

Valdemar da Luz²³ cita Washington de Barros Monteiro que conceitua como “um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoa e bens dos filhos menores” (Luz, p-31). Para o autor, na conceituação do Pátrio Poder, o que predomina na avaliação, “é a pessoa e os bens do filho menor” (Luz, p-31), isto é, a sujeição da criança e do adolescente, que enquanto não se emancipar, será subordinado ao domínio paterno.

Na opinião do autor²⁴ o que caracteriza o Pátrio Poder é a sua natureza personalíssima, que nascia da autoridade do pai. Complementa que a autoridade paternal estava repleta de autoritarismo cabendo aos filhos “sujeitar-se ao Pátrio Poder dos progenitores, devendo-lhes obediência, respeito e a prestação dos serviços próprios de sua idade” (Luz, p-31).

²² Código Civil lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

²³ Valdemar da Luz, Manual do Menor Doutrina e Jurisprudência Prática, São Paulo – SP, editora Saraiva, 1988.

²⁴ Valdemar da Luz, Manual do Menor Doutrina e Jurisprudência Prática, São Paulo – SP, editora Saraiva, 1988.

A legislação também consagrava a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos, fundamentada na responsabilidade civil comum, dentro do preceito da reparação de dano.

Pondera o artigo 1521 do diploma civil de 1916 “São também responsáveis pela reparação civil; I – os pais pelos filhos menores que estiverem sobre seu poder e em sua companhia”; aos pais ou responsáveis estavam atribuídos à responsabilidade de culpa “*in vigilando*”, salvo se esta esteja comprovada no artigo 159 da mesma lei.

Para o código de 1916, dar a competência aos pais no instituto do pátrio poder, serviria para benefício dos filhos. No entanto se os pais abusassem deste poder, caberia à autoridade judiciária, a obrigação e o direito de retirar os filhos de sua companhia, de cassar o direito e até mesmo de suspender o exercício do pátrio poder.

Para o Código Civil²⁵ a perda ou suspensão do Pátrio Poder, visava fundamentalmente, a proteção dos interesses das Crianças e dos Adolescentes, pois, mesmo que se retirem estas vantagens dos pais ou responsáveis sobre a pessoa e bens dos filhos, os deveres de sustento, alimento, estudo e educação dos mesmos ainda ficam sob responsabilidade dos pais.

No entanto quando se fazia alusão a respeito da perda do “Pátrio Poder,” e reprimia a utilização do castigo imoderado, trouxe em si a permissão da utilização do castigo moderado em face da Criança e do Adolescente com intuito de educar. Como já estudado²⁶, a utilização da força pra fins educativos, permaneceu viva em nossa legislação, herança esta de legislações passadas.

Sobre o assunto o jurista Valdemar da Luz²⁷, a respeito da punição aplicado pelos pais ou responsáveis em face à Criança e o Adolescente, compreende que existe repressão legal no que tange a castigo imoderado, para tal descreve:

A lei reprime a punição exagerada, principalmente quando exteriorizada na forma de tortura física, espancamento, privação de alimentos e imposição de trabalhos incompatíveis com a constituição física do menor. Caracteriza-

²⁵ Código Civil lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

²⁶ Ver Capítulo I, Historio.

²⁷ Valdemar da Luz, Manual do Menor Doutrina e Jurisprudência Prática, São Paulo – SP, editora Saraiva, 1988.

se o abandono essencialmente pelo não cumprimento dos deveres inerentes á qualidade de autoridade paterna, como: educar, assistir e zelar pela saúde e moral dos filhos.

Na opinião do jurista, para efeitos da lei, compreende-se como castigo moderado, aquele sobreposto sem excesso, com a finalidade de estabelecer a disciplina ao filho. Para tal, deve ser conjugado com a idade, composição física, saúde e sexo da criança.

Para o autor que o juiz terá competência par autorizar ou ordenar, em forma de medida cautelar embasado no artigo 888 do Código de Processo Civil Brasileiro, o depósito dos menores ou incapazes quando comprovado serem vitimas de castigo imoderado.

Finaliza que esta medida poderá ser aditada pelo magistrado tanto na alteração de uma ação principal quando antes de sua propositura, ou seja, em ações de separação, divórcio, destituição de pátrio poder ou remoção de tutor ou curado.

Esta Legislação Civil, somente foi revogada em 2002 pelo atual Código Civil, e vivenciou os períodos de criações de todas as leis Brasileiras relativas à infância.

2.2. O CÓDIGO MELLO MATTOS DE 1927 E O CASTIGO MODERADO.

No dia 12 de outubro de 1927, o Decreto 17.943-A consolidou as leis concernentes a Criança e ao Adolescente, estabelecendo o Código de Menores. Diploma que fixou as leis de assistência e proteção aos menores, continha dispositivos muito adiantados para a época, e posicionou-se ao mesmo nível dos Códigos Civil, Penal e Comercial, vigentes na época.

O Código Mello Mattos foi à primeira lei, dedicada inteiramente a Criança e ao Adolescente e vigorou no Brasil de 1927 a 1979, o diploma implantou os princípios menoristas.

Na opinião de Irene Rizzini²⁸, o Código Mello Mattos, não tinha somente pontos negativos, muito pelo contrário, o diploma além de inovador para a época, abriu caminho ainda mais para debates em pró da infância Brasileira.

A autora comenta também que, o diploma de 1927, continha 231 (duzentos e trinta e um) artigos e era minucioso ao extremo, porém tudo aquilo que estava sendo debatido ao longo dos anos foi incorporado pelo código, a demais descreve:

Parece-nos que o legislador, ao propor a regulamentação de medidas de proteção, englobando a assistência, enveredou por uma área social que ultrapassava em muito as fronteiras do jurídico. O que o impulsionava era “resolver” o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismo de “tutela”, “guarda”, “vigilância”, “reeducação”, “reabilitação”, “preservação”, “reforma” e “educação”.

No entanto o Código de 1927 regulamentou a “utilização da força” contra a Criança e o Adolescente, ou seja, o diploma permitia que castigo fosse empregado no seio da família, desde que, utilizado de maneira moderada. Coibindo por fim de forma escrita à utilização do castigo imoderado contido no Código Criminal do Império na qual o Código Penal de 1890 não fez alusão alguma.

O Diploma menorista de 1927 descreve em seu texto:

Artigo 26 - Consideram-se abandonados os menores de 18 anos:

VII - que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

a) vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados;

Para a autora²⁹ a primeira legislação voltada à criança e ao adolescente não versava em sua defesa, mas sim em alegação da sociedade que se sentia ameaçada pelo crescente número de crianças e adolescentes que passaram a habitar as ruas em razão do abandono, bem como pelo incomodo decorrente da situação que se encontravam certas crianças socialmente vulneráveis na época.

²⁸ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

²⁹ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

A autora pondera que o referido diploma trazia em sua essência a tentativa do Estado em perpetrar o controle social da criança pobre, através da inscrição de sujeito social, o denominado “menor”. Esta categoria jurídica que incluía todas as crianças e adolescentes materialmente e moralmente abandonados, expostos, vadios e mendigos, cujo traço comum era a sua situação econômica, classificados como incapazes e negligentes.

Portanto, para Irene Rizzini³⁰, o problema do “menor abandonado” deixa de ser um caso exclusivamente da polícia e da filantropia e torna-se uma questão de assistência e proteção, ao menos no plano legal.

O juiz, inquisidor, com seus amplos poderes e subjetivismo conferido pelo Código Mello Mattos, era a autoridade a quem incumbia processar, julgar, examinar, conduzir e vigiar o destino da criança, com a tarefa de manter o controle sobre elas.

Embora, o referido Código, possa receber o mérito de ter sido a primeira legislação que levasse em conta a criança e o adolescente, infelizmente a nova lei, buscava tão-somente a discussão da infância na particularidade do controle social. Deste modo, o fazendo desaparecer, por meio de institucionalização, das vistas da sociedade, que se sentia ameaçada pela sua presença.

Como já visto³¹, em consequência da influência do cristianismo em nossa cultura e do interesse das classes dominantes, a criança e o adolescente foram sendo reconhecida ora em perigo, ora perigosa. Isto significou que para os mesmos se tinham dois entendimentos, ora estava em perigo, e por influência do cristianismo devia ser cuidada, ora seria perigosa, e pela influência da cultura dominante deveria ser controlada para que não causasse danos à sociedade e ao Estado.

O diploma de Mello Mattos, deste modo foi essencialmente uma tentativa do Estado em fazer o controle social da criança e adolescente pobre. Ele inaugurou um modelo de assistência pública herdado de ação policial, cujas funções básicas eram a de vigilância, regulamentação e a intervenção direta sobre os ditos “menores” abandonados e delinquentes.

³⁰ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

³¹ Ver Capítulo I - Histórico.

O destino dado era o internamento nas casas de correção, isto é, a institucionalização da infância pobre e desvalida, este era o sistema que vigorava no país até o final da década de 80. Este foi o modo que o Estado encontrou de fazer o controle social da criança e adolescente pobre.

Posteriormente, em 1942, período marcado por políticas autoritárias para a criança e o adolescente, foi criado o “Serviço de Assistência ao Menor” (SAM). Tratava-se de um órgão do Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente do sistema penitenciário para a população infanto-juvenil.

Neste período também ocorreu o enrijecimento das leis penais referentes à Criança e ao Adolescente, aonde ocorreu o prolongamento da imputabilidade penal para o 18 (dezoito) anos.

Os infratores eram encaminhados a reformatórios e casas de correção, e os “menores” carentes e abandonados, para patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos, cuja orientação era convencional-repressiva, ou seja, o Estado intensifica o controle e conseqüentemente também a violência contra a criança.

A autora³² relata que o clima de liberdade dos anos 50, fulminou em diversas ideias de reformulação do código nos governos dos presidentes, Dutra (1951), Kubitschek (1956), logo postos de lado pelos juristas que consideravam as ideias sem o devido rigor técnico.

Também destaca o projeto 1.000/56, na qual suas ideias seguiam as do cenário internacional pós 2ª grande guerra, isto é, envolto em direitos humanos, e realçando as ideias de Congressos Internacionais. Entretanto o projeto em questão quando em discussão no congresso nacional foi rejeitado.

O Código Mello Mattos começou a perder fôlego com a mudança política através dos governos militares (Golpe de 1964), durante o qual foi criada a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor). Nessa época, à maneira de lidar com as políticas de atendimento à criança e ao adolescente, foi através da efetivação do princípio de “destituição do pátrio poder”, afirmando-se neste período a sentença do abrigamento.

³² RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

O enfoque correcional repressivo se perpetuou conjuntamente com essa nova leitura assistencialista, que passou a reparar na criança e no adolescente, quando esta considerada em situação irregular, como sendo alguém que deveria ser assistido e controlado pelo Estado, o qual os assumiu para si.

Irene Rizzini comenta que os debates anteriores, prosseguiram nos anos 70, sobre a legislação referente à infância, porém destaca a presença de duas correntes. Uma a favor da oficialização de um direito menorista, encabeçada por um grupo ligado a Associação de Juízes de Menores do Rio de Janeiro, e outro liderado pelo Ministério Público de São Paulo que defendia a elaboração de uma legislação que apreciasse a garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No entanto, venceu o grupo ligado a Associação de Juízes de Menores do Rio de Janeiro, e a criação do novo diploma, se deu em 1979. Ano este considerado pela ONU como sendo o ano internacional da Criança, o Brasil promulga o Código de Menores de 1979, dando então forma a política estatal voltada à infância Brasileira.

2.3. O CÓDIGO DE MENORES DE 1979

O Código Mello Mattos de 1927 somente foi revogado em 1979, em virtude da promulgação da Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979 o Código de Menores. O referido diploma trazia em seu bojo as situações consideradas irregulares, ou seja, a situação de abandono, o menor vítima, o perigo moral, a desassistência legal, ao desvio de conduta e a infração penal.

Esta lei introduziu o conceito de “menor em situação irregular”, que reunia o conjunto de meninos e meninas que estavam dentro do que denominavam infância em “situação de risco” e infância “perigosa”.

No que se refere à “situação irregular” interposta o diploma³³ assim descreve:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

³³ Código de Menores: Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

A Doutrina da “Situação Irregular” era dirigida à criança e ao adolescente abandonado materialmente, vítimas de maus-tratos, em perigo moral ou autor de infração penal. Assim, os infantes eram vistos como detentores de uma patologia social única, não havendo diferenciação entre as inúmeras hipóteses que faziam com que o “menor” se encontrassem nessa chamada situação irregular.

Sobre o assunto Viviane N.A. Guerra cita:

O Código de Menores de 1979 não dispensava tratamento diferenciado às vítimas de violência doméstica, enfeixando o problema sob a rubrica de “situação irregular” sob a qual se mesclava tanto aquele “menor” vítima de maus tratos ou de castigo moderado impostos pelos pais ou responsáveis, quanto àquela vítima da negligência ou autor de infração penal”.

A colocação da modalidade imposta no inciso II do artigo 2º do Diploma de Menores de 1979 esta intimamente ligada à figura delituosa prevista no artigo 136 do Código Penal Brasileiro. Porém para Anísio Garcia Martins³⁴, a situação descrita no artigo 2º do Código de Menores, “não corresponde necessariamente à tipificação penal da Lei Repressiva”. (Garcia p, 78).

Pondera o autor que caberá o juiz, a apreciação do caso judicialmente se existe esta situação irregular, isto é, se os pais ou responsáveis, ultrapassaram realmente o poder de correção, pois os mesmos possuem o poder patriopotestativo. Este referido direito inclui o de correção moderada, que é limitada, impedindo castigos imoderados, e, caberia somente aos pais ou responsáveis, sendo reprimido a prática por terceiros.

³⁴ Garcia, Anísio Martins, Direito do Menor, comentário e notas, editora Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. São Paulo SP, 1988.

A caracterização do crime previsto no Código Penal, a vítima no caso a Criança e o Adolescente, deverão estar sob a autoridade do ofensor, que terá de possuir a guarda ou vigilância para fins educativos, isto é, ensino, tratamento ou custódia. O ofensor poderá ser o professor, o guardador, o tutor e ou, outras pessoas que, não sendo pais naturais, tenham a guarda legal ou a custódia e direção do menor.

O Código de Menores conceituou os maus tratos como a não existência necessária da tipificação do crime prevista no Código Penal, pois para classificá-lo como descrito no Diploma Menorista, deveria ser necessária apreciação da situação de fato, judiciosamente pelo juiz. Somente então o magistrado deveria declarar o estado de irregularidade do menor, sem se atrelar a conceituação do diploma criminal.

Para Irene Rizzini³⁵, pela colocação da doutrina do Código, não havia a análise do caso concreto, individualmente, todos os eventos envolvendo crianças e adolescentes eram abarcados em uma mesma condição, recebendo o mesmo tratamento jurídico e social.

Para a autora essas crianças e adolescentes continuaram sob a administração da justiça de “menores”, acentuando o controle do Estado sobre a criança e o adolescente. O controle do Estado decorria no uso indiscriminado de internação através das instituições chamadas FEBEM.

Período em questão se vivia o auge da Ditadura Militar no Brasil, o Governo então, instituiu um novo “Código de Menores³⁶”, não rompendo, no entanto (no que se refere ao código antigo), com a linha principal de arbitrariedade, que era o controle, a repressão e o “livre arbítrio” dos juizes (juiz Inquisidor), junto à população infanto-juvenil.

Entretanto o Diploma de 1979 teve uma curta vigência, pois nos anos 80 se respirou ar democrático no Brasil, e as práticas repressivas impostas pela legislação abriram-se espaço para debates humanitários a respeito da infância tupiniquim.

³⁵ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

³⁶ Código de Menores: Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.

Período ainda marcado pela criação pelos Governos de instituições de amparo ao menor, ou seja, FEBEM e IAM, ambas estariam pautadas na Assistência e proteção ao menor órfão, carente ou com desvio de conduta, em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 - Código de Menores.

Conforme descreve o referido código³⁷ no artigo segundo alínea a: “falta, ação ou omissão dos pais ou responsável”, ou seja, não existia conforme cita a lei uma divisão entre crianças órfãs, e ou infratores, todos estavam sob a tutela do estado.

Portanto a utilização da força pra fins educativos permaneceu viva em nossa legislação, herança de legislações passadas, para tal, a criança que estavam sob a tutela do Estado neste período e foram barbaramente torturadas.

Maria Amélia Azevedo³⁸ aponta em sua obra no Capítulo que relata a respeito das “políticas sociais e a violência doméstica contra a criança e o adolescente: um desafio recusado em São Paulo?”, no tópico dedicado a infância torturada.

A autora destaca o “movimento em defesa do menor”, que denunciava maus-tratos e violência em face da Criança e do Adolescente, no Estado de São Paulo, principalmente os cometidos pela Polícia e pela FEBEM.

Na obra a autora expõe diversos relatos, entretanto, o que mais impressiona é a declaração de um egresso, da FEBEM, na qual relata a respeito de uma menor chamada Mônica. Esta menor apanha do Direito de uma unidade na fila do refeitório narra o egresso que a menina fora acusada pelo diretor de ter rezado muito baixo, por isso deveria rezar auto, e prossegue a exposição:

Ela rezou, chorando. Ao terminar, quando dizia: Em nome do Pai, do filho, do espírito santo... la dizer amém, ele a esbofeteou dizendo amém. Jogo-a no chão e prosseguiu na surra, com pontapés, quando ela caiu no chão. Depois, ele se virou, dizendo a ela que não havia acontecido nada, só estava ensinado a rezar.

³⁷ Código de Menores: Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.

³⁸ Azevedo, Maria Amélia – Guerra, Viviane N de A – Infância e Violência Domestica fronteiras do conhecimento, 2ª ed, editora Cortez, São Paulo – SP, 1997.

Para a autora³⁹ todas as violências praticadas na época nas dependências da FEBEM, tinham natureza de cunho político, pois configurava ser uma verdadeira tortura. Em sua opinião “os maus-tratos visam à dominação daqueles que a sociedade de classe definiu como perigoso, precisando, portanto ser reprimidos, para serem contidos”. Para isto descreve:

Entende-se por tortura, qualquer ato através do qual uma autoridade pública (ou seu representante) inflige dor ou sofrimento severo (físicos ou mentais) sobre uma pessoa com o propósito de obter dela uma informação ou uma confissão, punindo-a por ato que ela tenha cometido, ou que suspeite ter cometido.

Na opinião da autora os Funcionários Públicos da FEBEM agiam em conformidade com a lei, e principalmente com o aval do Estado e da classe dominante. O período em questão se relata muito mais a respeito de torturas de presos políticos, inclusive o Estado indeniza os que foram torturados pelo regime.

No entanto as Crianças e os Adolescentes que estavam sob a tutela do Estado neste período e foram barbaramente torturadas, com o aval da sociedade. A autora complementa que o ser em desenvolvimento no caso a criança e o adolescente, sempre foram sujeitados e invisíveis ao Estado Brasileiro, começava então a tomar forma este sujeito neste período através de denúncias.

2.4. DECRETOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

As leis internacionais que trás sem seu corpo, Direitos a Criança e ao Adolescente são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, Declaração dos Direitos da Criança 1959, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing 1985, Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança 1989, Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad 1990.

Foi em consequência de guerras (fomes, genocídios, e diversas catástrofes), provocadas pelos adultos que se abriu caminho para a discussão da efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente no mundo, propondo deixá-las

³⁹ Azevedo, Maria Amélia – Guerra, Viviane N de A – Infância e Violência Domestica fronteiras do conhecimento, 2ª ed, editora Cortez, São Paulo – SP, 1997.

a salvo de qualquer negligência, abandono, abuso e arbitrariedade do Estado e da sociedade.

Como consequência principalmente dos acontecimentos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, quando crianças e adolescentes foram mortos, mutilados e abandonados, o mundo se obrigou a voltar seu olhar para elas e reconhecê-las como sujeito de direitos, fato que era ignorado até então. O saldo deixado pela guerra não era apenas material, mas também humano, e de uma maneira especial às crianças.

O que fazer com estas crianças e adolescentes desamparadas pelas famílias famintas, que abandonavam seus filhos em favor de sua própria sobrevivência? O que fazer com esses órfãos da guerra se a família, sociedade, comunidade e Estado não tinham responsabilidade legal em assumi-las? Como amparar crianças e adolescente se as leis não às reconheciam legalmente detentoras da seguridade social?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, mesmo estas, constituídas dentro do Direito Positivo Brasileiro, foi somente ganhar forma na década de 1980. Portanto foram aproximadamente 40 (quarenta) anos para a primeira e 30 (trinta) anos, de espera pelas legislações internacionais, tomassem forma em nosso ordenamento.

No que se refere à proteção internacional quanto a Direito da Criança e do Adolescente, Elisabeth Schreiber⁴⁰ pondera:

A Criança e o Adolescente, portanto, estão respaldados por mecanismos Internacionais e internos de proteção. Ainda assim, os casos de abusos e maus-tratos multiplicam-se diariamente. A análise dos institutos legais de proteção, no âmbito nacional e externo, permitirá a posterior definição das medidas passíveis de serem tomadas, diante das situações de violência que vivenciamos em nosso país.

Para a autora a infância brasileira, se encontra em ápice, quando o assunto é a proteção legal imposta a ela, tanto por mecanismos nacionais quanto por internacionais. Para isto basta que as leis internas e externas, sejam utilizadas de forma racional, permitindo então, a antecipação nas definições de casos de violência.

Na opinião da autora os tratados e convenções internacionais, quando na área do Direito de Família, servirão como um “*topus* hermenêutico”, criando uma integração jurídica com as normas vigentes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi editada na sede da ONU (Organização das Nações Unidas), no dia 10 de dezembro de 1948, por meio da resolução nº. 217 – A (III), a Assembleia das Nações Unidas, aprovou um dos mais importantes documentos da humanidade. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para tal a autora⁴¹ cita o Jurista Norberto Bobbio:

A declaração representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. A liberdade e igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir, não são uma existência, mas um valor, não são um ser, mas um dever ser.

Para o aludido autor a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nasce de uma ideologia humanitária respaldada na liberdade e igualdade dos homens.

Esta Declaração é composta por 30 (trinta) artigos, que aponta a Igualdade e a Liberdade das pessoas como sendo essencial ao desenvolvimento do ser humano, ou seja, suas cláusulas devem ser aplicadas com exemplo da melhoria da vida em sociedade, igualizar e classificar as relações humanas.

A autora complementa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “foi o embrião das demais convenções e tratados internacionais sobre direitos fundamentais”, (Schreiber, p-58), o citado diploma positivado foi largamente recepcionado pela Carta Magna Federal de 1988. A Declaração, logo, significa uma epístola de intenções que avigora os direitos especiais infantis.

No entanto a Convenção Internacional sobre Direito da Criança também é diploma internacional decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta Convenção foi aprovada na sessão do dia 20 de novembro de 1989 por unanimidade, e depois de seis dias, quando aberta para as assinaturas, no mesmo dia, 61 (sessenta e um) países assinaram-na.

⁴⁰ Schreiber, Elisabeth, Os Direitos Fundamentais da Criança na violência intrafamiliar, Porto Alegre RS, Ricardo Lenz Editor, 2001.

⁴¹ Schreiber, Elisabeth, Os Direitos Fundamentais da Criança na violência intrafamiliar, Porto Alegre RS, Ricardo Lenz Editor, 2001.

Entretanto no dia 2 de setembro de 1990, isto é, depois de sete meses, a convenção entrou em vigor após vinte ratificações. No Brasil ela foi adotada e ratificada pelo no dia 20 de setembro de 1990, pelo Decreto nº. 99.710/90.

Nos seus artigos, a Convenção Internacional sobre Direito da Criança, delibera que a Criança é todo o ser humano menor de 18 (dezoito) anos, armazena o mérito da proteção dos direitos fundamentais dos seres em desenvolvimento. Isto é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e com resguardo nas disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que adota em favor da Criança e do Adolescente o direito a cuidados e proteção especiais.

Na opinião da autora⁴² todos estão convencidos de que a família é a base fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento e o bem-estar de todos, em especial das crianças. Portanto as crianças devem ganhar proteções e assistências necessárias, para que possa assumir por completo as responsabilidades na comunidade. Conclui que para o desenvolvimento integral e harmonioso da personalidade, a criança, necessita crescer em um ambiente familiar, entrelaçado de compreensão, amor e felicidade.

Ratificada pelo Brasil em 1990, esta convenção, fixou que cabe ao Estado abraçar todos os alcances necessários, no campo social e educacional e administrativo, com o intuito de proteger a criança contra todas as formas de violência, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2.5. OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEUS DIRECIONAMENTOS EM RELAÇÃO À INFÂNCIA E AO CASTIGO MODERADO ASSEMBLEIA CONSTITUINTE.

A atuação dos movimentos sociais, compondo uma esfera pública, nos debates pela Institucionalização dos Direitos, e Redemocratização do Brasil, fulminou na convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a decretação da anistia política, a reinstalação do pluripartidarismo e o retorno às eleições diretas.

⁴² Schreiber, Elisabeth, Os Direitos Fundamentais da Criança na violência intrafamiliar, Porto Alegre RS, Ricardo Lenz Editor, 2001.

Também é de suma importância ressaltar o valor de dois movimentos sociais que surgiram nas décadas de 1970 e 1980 e que influenciaram as discussões das políticas de enfrentamento a violência contra a criança e o Adolescente, e que contribuiu na consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Foi a partir dos anos 70, que através dos movimentos feministas, tornou-se público a violência contra a mulher, e conseqüentemente também no âmbito do contexto familiar, fazendo então tornar notório à violência contra a Criança e o Adolescente.

A violência contra a criança tornou-se visível diante da sociedade através das denúncias feitas por mulheres vítimas de seus companheiros, que neste momento irão influenciar os movimentos sociais que vão atentar na defesa da criança vítima de violência.

Em decorrência na década de 80 ocorre em toda a América latina, e significativamente no Brasil, o Movimento de Meninas e Meninos de rua, denunciando a violência contra a criança e o Adolescente, este movimento terá representatividade perante a assembleia constituinte e a materialização do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Irene Rizzini⁴³, foi na década de 1980, que se visualizou o enorme crescimento, de Crianças e Adolescentes nas ruas, atrás de melhores condições de sobrevivência. Este enclave se tornou em pouco tempo, um dos mais graves problemas sociais a serem afrontado pelo Brasil os conhecidos meninos e meninas de rua.

Na opinião da autora, no que se refere à infância, na época a manifestação que mais marcou foi à consolidação de uma articulação nacional, que simbolizou a causa do país em questão, foi o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua. Este movimento levantou voo, partindo da articulação começada por um projeto, que tendia a rejeitar os experimentos “alternativos”, que existia no país.

⁴³ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

A respeito do momento questão Maria Amélia Azevedo⁴⁴ aponta que no Brasil, a década de 1980, o período se afigurou como sendo, em nossa historia, o momento de vital importância na luta para a garantia dos direitos da infância e da adolescência.

A autora assinala que em 1985, existiam no Brasil 62 milhões de Crianças e Adolescentes na faixa etária de 0 a 19 anos, qual seja 47% do total da população na época.

Destes, 58%, ou 36 milhões eram menores carentes, ou seja, oriundos de famílias da qual a renda per capita seria inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo do período e aproximadamente 3.500.000 (três milhões e quinhentos), isto é, 10% do total dos menores carentes, eram infratores.

Também 20% do total destes menores carentes, eram formados pelos chamados meninos e meninas de rua, que representavam na época 7.000.000 (sete milhões), “que ficavam a maior parte do tempo afastados de seus pais ou responsáveis, perambulando pelas ruas, sem casa, sem escola, sem alimentação etc.”. (Azevedo, p-234).

A autora acredita que a infância pobre conjugado com a alta taxa de mortalidade infantil, exemplo só em 1989, no Brasil morreu 400.000 (quatrocentas mil) crianças de 0 a 5 anos, por doenças evitáveis. Levantou-se um clamor popular em favor da infância.

E aproveitando do momento de Redemocratização em que país vivia, a Criança e o Adolescente Brasileiro se tornariam em muito breve Sujeito de Direitos.

Irene Rizzini⁴⁵ também comenta a enorme mobilização em pró da infância Brasileira, na qual se tornava cada vez mais visível os denominados atores sociais, educadores e técnicos de diversas áreas e voluntários envolvidos no cuidado de crianças, nas instituições de assistências.

A autora destaca também que o movimento denominado “A Criança Constituinte”, também se destacou neste período, que esta a junção de diversos movimentos sociais. Na qual se cobrava “absoluta prioridade” em face da Criança.

⁴⁴ Azevedo, Maria Amélia – Guerra, Viviane N de A – Infância e Violência Domestica fronteiras do conhecimento, 2ª ed, editora Cortez, São Paulo – SP, 1997.

Resultado este descrito de forma explícita no caput do artigo 227 da Carta Magna de 1988, que somente utilizou este termo uma única vez.

O movimento em questão apresentou a Emenda Popular que reivindicava os Direitos Básicos para a criança e o adolescente, na qual foi recordista absoluto em número de assinatura. O maior destaque no cenário Constituinte do Brasil, foi à participação da população Brasileira através de entidades representativas.

E entre os Parlamentares Constituintes, a questão da infância Brasileira, recebeu atenção diferenciada, dizia-se na época que se tratava de caráter suprapartidário e que estavam acima de posições ideológicas e credos religiosos. Destacando assim a dimensão da preocupação nacional em tona da infância. A Criança sujeita de Direitos e a salvo de toda a forma de violência foi enfim formalizada na Constituição Federal de 1988.

⁴⁵ RIZZINI, Irene. **A Criança e a Lei no Brasil revisando a história.** (1822-2000). 2ª. Ed, 2002.

3. CAPITULO III: A LEGISLAÇÃO VIGORANTE DO CASTIGO MODERADO APLICADO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE PELOS PAIS OU RESPONSÁVEIS.

O capítulo estuda o poder familiar, e como está exposto formalmente o instituto em nossa legislação, também, pesquisa a questão dos maus-tratos e decorrência com o castigo moderado, como exercício regular do direito; findando como um levantamento doutrinário e jurisprudencial, do quesito castigo moderado.

3.1. O PODER FAMILIAR VERSUS O CASTIGO MODERADO

O Poder familiar descrito em nossa legislação é quem dá o poder aos pais e responsáveis para sujeitar seus filhos a eles como se prevê o artigo 1.630 do Diploma Civil Brasileiro⁴⁶:

Capítulo V

Do poder familiar

Seção I

Disposições Gerais

Art. 1.630 – Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷, conceitua o Poder Familiar como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores.” (Gonçalves, p-136). Para o autor o Poder Familiar, hoje não mais possui o caráter absoluto como era no Direito Romano, pois atribuiu aos pais mais dever do que direitos, até se pensou em chamá-lo de “pátrio dever”.

Na opinião do autor a denominação é melhor que a utilizada no código antigo, porém, pondera que não é a mais apropriada, pelo fato de se referir ainda ao “poder”. Pondera que países como Estados Unidos e França utilizam em sua legislação a denominação “poder parental”.

⁴⁶ Código Civil lei 10406 de 10 de janeiro de 2002

⁴⁷ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito de Família (coleções sinopses jurídicas), v 2, 11 ed. – São Paulo SP, Editora Saraiva, 2006.

De acordo com o autor⁴⁸ tal denominação os remete a “autoridade” não ao “poder” como se afigure em nossa legislação. Portanto, a conceituação de autoridade explana perfeitamente o emprego legitimado fundado em interesses de outrem, isto é, a criança como sujeita de direito e os pais ou responsáveis exercendo o poder familiar. Por esta via, ‘coação física ou psíquica, inerente ao poder’ (Gonçalves, p-128), ficaria de fora.

É o Estado quem dita as normas para o exercício do Poder Familiar, pois a ele também interessa a sua boa atuação. Por isso ele irrenunciável, indelegável e imprescritível, ou seja, os detentores não podem renunciar e nem passá-lo para outrem.

Existe porém, uma única exceção, que esta prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, realizada em juízo, e utilizada em geral nos pedidos de adoção. Também não existe decadência, caso os pais não exercitá-lo, exemplo os pais que trabalham no exterior e os filhos ficam com a avó, os pais continuam sendo detentores do poder familiar. Sobre o assunto descreve o diploma⁴⁹:

Seção II

Do Exercício do Poder Familiar

Art. 1.634 – Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

Para Maria Helena Diniz⁵⁰, a finalidade do poder familiar é de “proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo a sua pessoa e bens”. (Diniz, p-463).

A finalidade descrita pela autora, em relação ao poder familiar, também não se enquadra com o intuito de poder; este se constitui em dispor de força ou mesmo possuir forças físicas ou moral para exercê-la.

⁴⁸ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito de Família (coleções sinopses jurídicas), v 2, 11 ed. – São Paulo SP, Editora Saraiva 2006.

⁴⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8069 de 1 de julho de 1990.

⁵⁰ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v 5. Direito de Família, 18 ed, São Paulo SP, Editora Saraiva, 2002.

Nota-se que dar o poder e proteger o ser humano, se encontram em lados opostos, pois no que tange ao sujeito em desenvolvimento, autoridade, não poder, se finda em pessoa que tem competência no assunto.

Isto posto compreende-se que a denominação ainda não é a mais adequada, pelo fato de se manter a ênfase de poder. No entanto não faz sentido reconstruir o instituto, porém a mudança foi intensa, principalmente no que se refere ao interesse dos pais estarem condicionados ao interesse dos filhos, isto é, interesse da realização destes como pessoas em formação.

O Código Civil vigente foi Inoportuno, e não percebeu a transformação natural do instituto poder familiar, e manteve quase que intacto a disciplina normativa do antigo código, apenas fazendo adaptações tópicas.

Ressalta-se que o Legislador do atual referido Diploma, reaproveitou, boa parte do que estavam expressos no Código de 1916, no que tange ao instituto do “Poder Familiar”. Razão pelo qual de estudo, dos conteúdos que serão comparados aos princípios e regras estabelecidas na Constituição.

Ainda a respeito do instituto, considera-se que no Brasil foram necessários 462 (quatrocentos e sessenta e dois) anos, para que mulher casada deixasse de ser considerada legalmente incapaz, isto é, ser “sujeito de Direito”. Apenas em 27 de agosto de 1962 com a lei 4.121 denominado o Estatuto da Mulher Casada.

Entretanto somente após 26 (vinte e seis) anos é que se igualaram os direitos e deveres em relação à família, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, colocou um ponto final no antigo pátrio poder e o poder marital. Descreve a Constituição federal⁵¹ a respeito do instituto que se estuda:

Capítulo VIII

DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA DO ADOLESCENTE E DO IDOSO.

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 8º. O Estado assegurará à assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁵¹ Constituição da Republica Federativa di Brasil de 1988.

Pelo exposto, nota-se que nossa Carta Magna, acompanhou a evolução da família, no mundo ocidental, pois, este desenvolvimento repercutiu no teor do poder familiar. Outrora, eram maiores as desigualdades e a eliminação dos direitos, através da hierarquia dentre os membros familiar, dado pelo grande poder marital e pátrio poder.

A constituição cidadã instruiu que o estado é quem deve deter o "Poder", é ele que disporá da força, ou mesmo da força física ou moral para assegurar ou defender a família. Observa-se que o estado ficou de posse do antigo, "*pátria potestas*", *originário* dos antigos Romanos, em um entendimento lúdico, o estado poderá se utilizar da força para coibir a violência no seio familiar.

No que tange ao exercício legal do Poder Familiar, a Constituição Federal⁵² de 1988, expõe:

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

No artigo 277 da Lei Maior, está descrito, todos os deveres do "Poder Familiar", se for retirado para análise, certa quantidade de deveres, que carece ser empreendido pela família, para o bem do filho, enquanto Criança e Adolescente, tal qual: o direito à vida, saúde, alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e convivência familiar e comunitária.

Compreende que a quantidade de deveres, deixa o poder, com pouquíssimo espaço. Todavia estes deveres jurídicos, consecutivamente correspondem, ao titular deste, o filho, reconhecido como "Sujeito de Direito".

O "Poder Familiar", sendo mais dever e menos poder, se torna hoje mais um tipo ônus, legalmente conferido ao titular e delegado pela sociedade. No entanto não se pode sair de maneira alguma deste vínculo, pela conjuntura parental e principalmente, importância benéfica dos filhos.

⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Retoma-se então como foi ponderado no início do tópico pelos juristas Carlos Roberto Gonçalves⁵³ e Maria Helena Diniz⁵⁴, no que tange ao instituto do “Poder Familiar”, que devera ter a finalidade de comando, não de autoritário. Em outras palavras o instituto deverá ser exercido por quem tem competência para tal, não bastando ter a autoridade e o poder.

Os juristas Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer⁵⁵, na mesma concepção, conceituam Constituição como sendo:

É uma norma de ordem superior que dispõem sobre a organização do Estado, sobre Direitos e Garantias individuais e sobre outros assuntos considerados de especial relevância para uma determinada sociedade em uma determinada época.

Na opinião dos autores a constituição é uma norma superior, que orienta todas as ramificações do Direito, abolindo as leis, que não estão em concordância com ela. Conforme os ponderam “de acordo com a hierarquia das leis a Constituição é a lei Maior, a qual deve adequar-se todas as outras leis”.

Quanto à incompatibilidade de uma norma em face a Constituição for insuperável, deverá ser declarada a inconstitucionalidade dela. Portanto o principio da presunção de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, deriva de uma força normativas da Constituição.

Quanto à importância da função que desempenha a interpretação dos conteúdos de lei infraconstitucionais, deveram existir nestes a conformidade e a delimitação em razão dos princípios e normas constitucionais. Desta feita o Código Civil de 2.002, deverá sempre ser interpretado a partir da Constituição de 1988.

Consequentemente, as normas contidas no atual Diploma Civil, deverão ser obedecidas pelos preceitos Constitucionais referentes à família. Compreende-se que o diploma de 1916 estava, alinhado de acordo com valores predominantes de sua época, por isso a redação se formou como o “Pátrio Poder”.

⁵³ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito de Família (coleções sinopses jurídicas), v 2, 11 ed. – São Paulo SP, Editora Saraiva 2006.

⁵⁴ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v 5. Direito de Família, 18 ed, São Paulo SP, Editora Saraiva, 2002.

⁵⁵ Maximilianus, Cláudio Américo Führer, Maximiliano Roberto Ernesto Führer, Resumo de Direito Constitucional, 3ª ed, Editora Medeiros, São Paulo SP, 2001.-p36

No entanto, se transportou tal capítulo para o “Poder Familiar”, no qual se refere à família do século XXI, desta forma o conteúdo poderá ser filtrado pelas regras e princípios propostos na Carta Magna.

3.2. O CASTIGO MODERADO E OS MAUS-TRATOS.

Conforme estudado anteriormente no capítulo I desta monografia o Código Mello Mattos de 1927 foi quem introduziu na Legislação Penal Brasileira, o abuso de corretivo, quando praticado em face a Criança e o Adolescente, pelos pais ou responsáveis.

O crime de Maus-tratos esta exposto na Legislação Penal⁵⁶ vigente, da seguinte forma:

Capitulo

Da periclitación da vida e da saúde

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

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

No crime de perigo o dolo esta voltado para a criação de uma circunstância de risco que o agente causador do dano, poderá muitas vezes até prever antecipado. Pois, o dano normalmente se desenvolve pela situação de perigo que o agente ativo cria. No que se refere à possibilidade do dano qualquer atividade humana envolve a criação de certo perigo isto é uma realidade concreta.

No tocante ao delito de maus-tratos, o crime é próprio, ou seja, o sujeito ativo somente poderá ser quem possui a guarda ou a vigilância da vítima. E por sua vez o sujeito passivo devera esta ligada ao agente por esta subordinação. O elemento subjetivo no caso é a promoção da educação, ensino, tratamento ou custodia.

A respeito do tema os juristas Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer⁵⁷, confirmam que não existe uma forma exata

⁵⁶ Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº. 2484 de 7 de setembro de 1940.

para delimitar o abuso, no entanto pode se examinado as provas de forma aceitável, para se ter uma presunção concreta do crime.

Os juristas descrevem sobre o crime de maus-tratos e revelam, quando se configura crime ou quando pode ser considerado o “*jus corrigendi*”:

No âmbito do Poder Familiar, admite-se o emprego moderado de força física (exemplos, tapa, empurrão, piparote, beliscão, palmadas leves nas nádegas e em local não vital), que não se confunde com o espancamento, (surra de cinta, chicote, bofetões, pontapés, pisoteio). Entretanto atenção fora da esfera familiar (escola, clube) é inadmissível qualquer espécie de punição corporal.

Cezar Roberto Bitencourt⁵⁸, poderá que “o direito de correção conferido a pais, tutores e curadores deve ser exercido com moderação e finalidade educativa, sendo inadmissível o emprego de violência contra o filho menor...”. (Bitencourt, p-274).

3.3. O CASTIGO MODERADO APLICADO PELOS PAIS AOS FILHOS, COMO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO.

A Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade dos cônjuges dentro da relação familiar. No entanto, mesmo com o aparecimento do Código Civil de 2002, não apareceu uma novidade eficaz, no intuito de contrapor de maneira clara e objetiva, frente a violência no lar.

Para a lei em relação à extinção ou suspensão do poder familiar, o Código Civil de 2002, não se explanou sobre o feito, no entanto, segue os preceitos expostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁹:

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.

⁵⁷ Maximilianus, Cláudio Américo Führer, Maximiliano Roberto Ernesto Führer, Resumo de Direito Penal (Parte Especial), 3ª ed, Editora Medeiros, São Paulo SP, 2004.

⁵⁸ Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, 2 : parte especial, Dos Crimes Contra a Pessoa –, Editora Saraiva, São Paulo SP 2009.

⁵⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8069 de 1 de julho de 1990.

Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

Verifica-se que a combinação dos artigos 24 e 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente postergam, perda do poder familiar pela infração ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Ademais, o artigo 92 do Código Penal Brasileiro, prevê a perda do poder familiar com efeito de condenação, em crimes dolosos, sujeitos a pena de reclusão, cometido em face ao filho.

No entanto, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no parágrafo único do artigo 47, determina a destituição do poder familiar como sanção aplicável aos pais que consentir o trabalho dos filhos em locais nocivos a saúde ou no exercício de atividades atentatórias a sua moral.

No que se refere à suspensão e extinção do Poder Familiar o Código Civil de 2002⁶⁰ considerou:

Seção III
Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar
Art. 1638 – Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I – Castigar imoderadamente ao filho;

Conforme exposta pela Legislação Brasileira, compreende-se “*contrario sensu*”, a permissão do castigo moderado com intuito de educação, ou seja, os detentores do poder familiar podem licitamente aplicá-lo, moderadamente. No entanto nota-se a repetição do artigo 395, do Código Civil de 1916, que regulava o castigo paterno da mesma maneira.

Para melhor compreensão do exposto o estudo analisara o direito de correção denominado de “*jus corrigendi*”. Na opinião, colhida no ano de 1988, o jurista Valdemar da Luz, “entende-se como castigo cometido, ou moderado, aquele aplicado sem excesso, com o fim de impor disciplina ao filho”. (Luz, p-34), mesmo esta opinião sendo anterior a constitucional de 1988, diversos continuam com a mesma síntese.

⁶⁰ Código Civil lei 10406 de 10 de janeiro de 2002

CONCLUSÃO

A presente monografia expôs as implicações na aplicação do castigo em face da Criança com a intenção de educa-la e a consequência dentro da legislação Brasileira.

Conforme consta no dicionário Aurélio da língua portuguesa:

Castigo: (Derivado de Castigar); Pena que se infringe a um culpado, ou seja, punição. **Violência:** (do latin violentia), constrangimento físico e moral, uso da força, coação.

Desta feita, compreende que os atos de violência e castigo, estão intimamente atrelados, isto é compreende que punição moderada significa Castigo e imoderada a Violência.

Como visto neste estudo, o castigo físico aplicado contra criança Brasileira se cultiva historicamente, deste modo é primordial o reconhecimento do Estado e da sociedade que devera posicionar-se sempre de forma justa e nunca tolerar nenhum tipo de violência contra os infantes.

Ao analisarmos historicamente a violência imposta contra criança com intuito de bem educá-las, deparemos com políticas equivocadas e ineficazes que poucos previnem ou combatem a violência física.

A verificação histórica do tema deu suporte para o conteúdo apresentado, pois muitas vezes a violência transviada em castigo físico moderado ou não, corrompe a integridade física da criança.

Afirmção decorrente da infeliz constatação que até o presente foram feito poucas coisas em defesa dos direitos da criança, principalmente no que tange ao enfrentamento a violência familiar.

A infeliz constatação de que estivemos mais de 400 (quatrocentos) anos, vivenciando a aplicação do castigo com intenção de educação frente à criança Brasileira.

Isto é, desde o descobrimento do Brasil e a educação do infante pelos padres jesuítas, entrando, na estatização do estado superprotegendo a

infância, no entanto, aplicando ainda mais o castigo físico, dentro de instituições como FUNABEM (Fundação Nacional do Bem Estar do /menor), FEBEM (Fundação Estadual do Bem Estar do Menor), e no caso do nosso estado (Paraná) o IAM (Instituto de Assistência ao Menor).

O referido instituto foi criado pela Lei nº 4.617, de 16 de julho de 1962, tal Instituto seria uma entidade autárquica, com base na época no artigo 2º do Código de Menores.

Em 21 de novembro de 1984, o então Governador do Estado do Paraná José Richa aprovou o Decreto 4344/84 que regulamentava a estrutura organizacional do referido instituto.

O referido Decreto lei pondera⁶¹:

Art. 2º - O Instituto de Assistência ao Menor, como entidade da administração indireta, instituída com a finalidade de formulação e execução da política governamental de assistência e proteção ao menor no Estado do Paraná, tem por objetivos:

I - a assistência e proteção ao menor órfão, carente ou com desvio de conduta, de conformidade com o disposto no art. 2º da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 - Código de Menores, promovendo de forma integral ou complementar a sua formação, profissionalização e educação;

Período em questão onde a criança foi sujeitada e protegida pelo Estado, isto é, legalmente exposta numa instituição onde se submergia sua identidade e ainda não havia diferenciação do órfão para o infrator.

Dentro destas Instituições entraria imaculados e rebeldes, inocentes e criminosos, todos recebendo do estado uma educação mesmo que legalmente aceitável rigorosa e inflexível, ou seja, educadores utilizando da força física para educar.

Pelo exposto no estudo apresentado, o direito dos pais em educar seus filhos, necessariamente deve obedecer a certos limites quanto ao motivo, quanto ao meio e modo de repressão, bem como quanto a finalidade, sendo certo

⁶¹ PARANÁ, Decreto Lei nº 4344/84. Disponível em: <http://celepar7cta.pr.gov.br/seap/legrh-v1.nsf/5199c876c8f027f603256ac5004b67da/a475e6f39690f79903256ae700589738?OpenDocument>. Acesso em: 17/08/2015.

que o dano causado pelo castigo físico, jamais poderá constituir em humilhações, praticas vexatórias ou lesões serás ao filho.

Entretanto, verifica-se que a contribuição pela educação, em favor da própria criança possa compreender que é sujeito de direito, não cabendo à sujeição a violência.

Por fim, esta reeducação esta pautada na Dignidade da Pessoa Humana um dos princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988; ainda que a imposição de um mau trato ou de uma pena com fins educativos, não é recomendado pela citada Lei estatuto decretos e convenções internacionais, e nem como método pedagógico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AURÉLIO, Burque de Holanda Ferreira e, - novo dicionário da língua Portuguesa, 1ª Ed. Editora nova fronteira, Rio de Janeiro RJ, 1075.

AZEVEDO, Maria Amélia e GUERRA, Viviane N de A – Infância e Violência Doméstica fronteira do conhecimento, 2ª Ed., editora Cortez, São Paulo – SP, 1997.

BÍBLIA SAGRADA – Novo Testamento

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal. 22: parte especial, Dos Crimes Contra a Pessoa – Editora Saraiva, São Paulo SP 2009.

BRASIL, Código Civil lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

BRASIL, Código Civil lei 10406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Código Mello Mattos, Decreto 17943-A de 12 de outubro de 1927.

BRASIL, Código de Menores, lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.

BRASIL, Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº. 2484 de 7 de setembro de 1940.

BRASIL, Constituição da Republica Federativa di Brasil de 1988.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº. 8069 de 1 de julho de 1990.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários jurídicos e sociais, coordenação Munir Cury, 7ª edição, Editora MALHEIROS, São Paulo SP, 2007.

BRASIL, Novo Código Civil Comentado – Coordenação Ricardo Fiúza, 5ª Ed. Editora Saraiva 2006, São Paulo SP.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, volume 2: parte especial: Dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (at. 121 a 212), Editora Saraiva, São Paulo SP, 2008.

COMEL, Denise Damo – Do Poder familiar. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 2003.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da – Infância Juventude e Políticas Sociais no Brasil.

DINIS, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v 5. Direito de Família, 18 ed., São Paulo SP, Editora Saraiva, 2002.

GARCIA, Anísio Martins, Direito do Menor, comentário e notas, editora Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. São Paulo SP, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito de Família (coleções sinopses jurídicas), v2, 11 ed. – Editora Saraiva 2006.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo – Violência de pais contra filhos: a tragédia revisada 3ª Ed. Cortez São Paulo.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, Direito de Família e p novo código civil, 2ª Ed, Editora Del Rey, Belo Horizonte – MG, 2000.

LUZ, Valdemar da, Manual do Menor Doutrina e Jurisprudência Prática, São Paulo – SP, editora Saraiva, 1988.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro – Instituições de direito de família, Leme LED editora de Direito, 2002.

MAXIMILIANUS, Claudio Américo Fuhrer e MAXIMILIANO, Roberto Ernest Fuhrer, resumo de direito constitucional, 3ª Ed., Editora Medeiros, São Paulo SP, 2001. – p36.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Código Penal Interpretado, 6ª edição, editora atlas, São Paulo-SP, 2007 paginas, 1077 a 1086.

MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito civil. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARANÁ, Decreto Lei nº 4344/84. Disponível em: <http://celepar7cta.pr.gov.br/seap/legrh-v1.nsf/5199c876c8f027f603256ac5004b67da/a475e6f39690f79903256ae700589738?OpenDocument>. Acesso em: 17/08/2015.

PIERANGELI, José Henrique – Códigos penais do Brasil Editora Revista dos Tribunais – 2001 – Páginas 208 a 209.

RIZZINI, Irene A Criança e a Lei no Brasil.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil – Direito de Família, volume 6, editora Saraiva São Paulo – SP, 2004.

SCHREIBER, Elisabeth, Os Direitos Fundamentais da Criança na violência intrafamiliar, Porto Alegre RS, Ricardo Lenz Editor, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry e COSTA, Marli Marlene Moraes da, Violência Doméstica quando a vítima é a criança ou adolescente, Editora OAB/SC, Florianópolis-SC, 2006.