

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**CRIANÇA E ADOLESCENTE: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E A
PROTEÇÃO DA IDENTIDADE**

Letícia Lucas Salem

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Interesses Difusos e Coletivos, sob orientação do Prof. Landolfo Andrade de Souza.

Presidente Prudente/ SP
2017

CRIANÇA E ADOLESCENTE: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DA IDENTIDADE

Trabalho de Monografia aprovado como
requisição parcial para obtenção de
Certificado de Conclusão de Pós-
Graduação “Lato Sensu” em Interesses
Difusos e Coletivos.

Landolfo Andrade de Souza

Lucas Noya

Selma R. Dias Favoreto Morandi

Presidente Prudente, 16 de fevereiro de 2017

Meus pais não sei por onde andam, a minha casa é essa esquina, meus irmãos são as estrelas e a vida me ensina. Moço, ouvi dizer que sou a esperança, mas não sei do que, se ninguém me vê como criança.

Criança Esperança, 2010.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, meus maiores exemplos de vida, que lutam diariamente para verem meus sonhos concretizados, meu eterno agradecimento.

A Fernanda Salem Molina, minha prima e irmã, pela companhia, em especial, durante esses dois anos de pós-graduação, com o seu humor ímpar aos sábados de manhã, porém, com o maior coração que caminho junto nessa trajetória desde que me entendo por ser humano. E também a Camila Chaves, principalmente, pelo companheirismo e parceria em todos os momentos da minha vida. Minha eterna gratidão as duas irmãs que o universo me presenteou.

Ao meu amor, pela compreensão, noites em claro passadas me auxiliado com a monografia, por sua companhia singular e incentivos. Mas, principalmente, por motivar dentro do meu íntimo o desejo de me tornar uma mulher melhor a cada dia, sendo assim, merecedora do seu carinho.

Ao orientador Landolfo Andrade de Souza, não só pelo tempo dedicado a realização deste trabalho, e sim, pelo olhar de amor ao ofício que transmite e a sensibilidade humana ao ensinar os conteúdos acadêmicos durante o período do curso. Obrigada, por me fazer enxergar de uma forma mais nobre os direitos difusos, coletivos e as relações que envolvem as minorias.

Aos queridos examinadores, por terem aceitado o convite para comporem a banca, espero corresponder às expectativas a altura da relevância da presença de vocês.

A todos, muito obrigada.

RESUMO

Embora o tema engatinhe no ordenamento jurídico brasileiro, é indispensável a análise crítica da construção da identidade no cenário nacional, para que, então, detecte-se a relevância do status de garantia fundamental ao direito à identidade. Os direitos fundamentais têm características próprias, que fazem com que os juristas se voltem com maior atenção a eles, aprimorando as medidas tomadas para assegurar e efetivar políticas públicas voltadas à colaboração da autoconstrução do ser. Compreendemos que, para a construção de seres humanos capazes de conviver em sociedade, que promovam cada vez mais valores humanos, dentro das diferenças globais, faz-se necessário o estímulo ao autoconhecimento da identidade única de cada ser. Em especial, pela condição de ser humano em desenvolvimento, os direitos inerentes à criança e ao adolescente são tratados de acordo com a sua peculiaridade. Desta forma, o direito à identidade é vinculado à garantia ao respeito e as diferenças de cada um. Com efeito, a medida protetiva do acolhimento institucional insere o direito à identidade ao estimular a elaboração do Plano Individual de Atendimento. Todavia, evocando o caráter temporário dos acolhimentos nas instituições, preservando a construção da identidade do menor, não só apenas sua identificação nominal ou imagem física.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Princípios. Convivência Familiar. Acolhimento Institucional. Acolhimento Familiar. Plano Individual de Atendimento. Direito à identidade.

ABSTRACT

Although the theme is still crawling on the Brazilian legal system, it is indispensable the critical analysis of the construction of national identity, in order that, then, it can be detected the relevance of the status of fundamental guarantee of identity. The fundamental rights have their own characteristics, which make lawyers pay attention to them, improving the measures taken to ensure and effect public policies responsible for the self-construction of being. We understand that, for the construction of human beings capable of living in society, that promote more and more human values, within global differences, it is necessary the motivation of self knowledge of the unique identity of each being. In particular, for the condition of development of the human being, the rights inherent in children and adolescents are treated according with their own peculiarity. In this way, the right to identity is linked to the assurance of respect and the differences of each one. Indeed, the protective measure of institutional reception inserts the right of identity when stimulates the formulation of a Individual Service Plan. However, evoking the temporary disposition of reception in institutions, preserving the construction of the minor's identity, not only its nominal identification or physical image.

Key words: Children and Adolescents. Family Living. Institutional Hosting. Individual Service Plan. Right to identity

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CBIA – Centro Brasileiro para Infância e Adolescência

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

Nº - Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PIA – Plano individual de Atendimento

RJ – Rio de Janeiro

SAM – Serviço de Assistência do Menor

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. EVOLUÇÃO DAS PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
1.1. Panorama Nacional	11
1.2. Panorama internacional	17
<i>1.2.1. A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro</i>	<i>24</i>
2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	28
2.1. Princípio do Melhor Interesse Da Criança	29
2.2. Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento	31
2.3. Princípio da Prioridade Absoluta	33
2.4. Princípio da Municipalização	34
2.5. Princípio da Igualdade Entre Filhos	36
2.6. Princípio da Consagração do Poder Familiar	38
2.7. Princípio da Liberdade e da Pluralidade Familiar	40
2.8. Princípio da Solidariedade Familiar	42
2.9. Princípio da afetividade	43
3. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	45
4. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ACOLHIMENTO FAMILIAR	49
4.1. Principais aspectos	50
4.2. Plano Individual de Atendimento (PIA)	56
5. CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho estudou a necessidade da construção da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à identidade, visto como direito fundamental decorrente das garantias da personalidade, não se limita ao nome e ao uso da imagem do indivíduo, conforme demonstram as diretrizes do ordenamento jurídico pátrio.

A busca dessa garantia pessoal envolve vários ramos ligados às relações humanas, como por exemplo, a filosofia, sociologia, psicologia, antropologia, pedagogia entre outras áreas que almejam e consideram a relevância em conhecer o ser humano na sua individualidade, entendendo que só com a colaboração e incentivo à autoconstrução percebendo que o ser humano é único, singular.

O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar a importância do reconhecimento deste direito fundamental e conseqüentemente estimular a concepção de políticas públicas voltadas à construção do ser, mediante os recursos modernos que envolvem a globalização e requerem respeito e compreensão à diversidade que permeia o planeta.

O enfoque deste trabalho incide justamente na criança e no adolescente, maior riqueza mundial, que representa o futuro da humanidade, e por isso mesmo merece zelo e proteção jurisdicional sobretudo, no contexto familiar, social, como também, pelas instituições de ensino e, primordialmente, pelo Estado.

Oferece um destaque especial neste estudo a observação do acolhimento institucional e familiar e os principais aspectos ligados a implementação do Plano Individual de Atendimento (PIA) em favor do menor em questão.

Os objetos utilizados como base para este aprendizado foram os manuais, jurisprudências, publicações e necessariamente as doutrinas referentes à rede de proteção da pessoa em desenvolvimento, no panorama

nacional e internacional, incluindo a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos, somados à introdução e às considerações finais. O primeiro, abordou a evolução dos direitos da criança e do adolescente utilizando para tal o método dedutivo e histórico, por fim, citou a força normativa supralegal dos tratados internacionais incorporados pelo Brasil que envolvem direitos humanos. Posteriormente, ratificando-se a relevância dos princípios orientadores da criança e do adolescente.

Logo depois, no terceiro capítulo foi revelada a premência em assegurar o direito fundamental do convívio familiar e a preservação da família. Não esquecendo do caráter excepcional e temporário da eventual ruptura do convívio familiar.

A partir do quarto capítulo, realizou-se o estudo sobre as medidas protetivas dos acolhimentos institucional e familiar, seus aspectos gerais assim como o Plano Individual de Atendimento (PIA) auxiliando na efetivação da construção do direito à identidade do menor também em ambiente coletivo.

No quinto e último capítulo, houve preocupação em analisar o ordenamento jurídico diante da construção da identidade pessoal, questionando não só esse direito, bem como, direcionando de forma a ampliar a visão dos operadores do direito nas profundezas das variadas dimensões que constituem o indivíduo tentando encontrar o seu verdadeiro ser, cuja diversidade geralmente é tratada com superficialidade. Assim sendo, o direito à identidade não é apenas um sinônimo de identificação, contudo, um direito fundamental que tem como obrigação amparar o pluralismo, a diversidade e o respeito às diferenças resultantes da convivência humana.

Por fim, a conclusão sobre o estudo.

1. EVOLUÇÃO DAS PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1. Panorama Nacional

Para reconhecer que uma determinada parcela da população ou a sua totalidade, têm proteção jurisdicional, é indispensável que o indivíduo seja reconhecido como sujeito de direitos e os quais sejam positivados pelo legislador, a fim de assegurar garantias fundamentais do Estado de Direito.

No Brasil, o menor só recebeu o status de sujeito de direitos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por forte influência da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de vigente apenas no ano de 1990, período em que a CF/88 era vigente. Sobreleva salientar, de maneira sucinta, a evolução histórica dos direitos adquiridos em favor da criança e do adolescente no ordenamento jurídico pátrio até chegarmos ao contexto contemporâneo.

Durante o período do Brasil-Colônia, pós descobrimento, a figura paterna configurava como autoridade máxima, representava e determinava quais seriam os direitos e obrigações dos seus filhos, isso significa dizer que o varão detinha todo o poder político, religioso e econômico da sua família.

O representante do poder familiar determinava, ao seu livre arbítrio, os castigos que seriam imputados aos membros de sua prole. A abissal imperiosidade do pátrio poder, incrivelmente desmedida não sofria crítica, revolta ou repulsa social, era ainda sustentada pela sociedade como conduta natural. Mesmo que a força fosse empregada desproporcionalmente, o varão não sofria nenhuma punição externa, ainda que a sua ação ou omissão resultassem em lesão corporal, ou até cominasse na morte de seu ente.

Neste período, os índios que viviam na colônia eram submetidos aos rígidos e sufocantes princípios cristãos dos jesuítas que se autodenominaram educadores e salvadores das almas dos nativos. Dada a dificuldade de ensinar uma cultura totalmente nova e diferente aos adultos, a solução encontrada pelos religiosos foi valerem-se das crianças indígenas como

canal para catequizar e educar de acordo com os padrões da conveniência dos conquistadores.

Ademais, foram os jesuítas os fundadores da primeira casa de recolhimento de crianças no Brasil-Colônia, cujo propósito era segregar as crianças indígenas, filhos daqueles que não se submetiam às ordens impostas pela Igreja, em especial, a recusa a não conversão ao cristianismo. Acreditavam que assim, não seriam contaminadas com os ideais dos seus pais, evitando rebelarem-se contra os dogmas cristãos.

No período do Brasil Imperial, governado por monarcas, entre 1822 (Independência do Brasil) e 1889 (Proclamação da República), ganha relevância a figura do menor infrator e da imputabilidade penal a partir dos sete anos, de acordo com as regras da Ordenação Filipinas, válidas até a promulgação do Código Criminal de 1830. Com o detalhe, de que antes dos sete anos este menor não poderia ser condenado à pena de morte, sendo que era admitida somente para os jovens adultos entre dezessete e vinte e um anos de idade, já que a maioria era considerada aos vinte e um anos completos.

Conforme mencionado, em 1830 surgiu o primeiro Código Penal Brasileiro, denominado Código Penal do Império. No tocante às crianças e aos adolescentes, a imputabilidade penal abrangia desde os menores de quatorze anos. Entretanto, o critério adotado não era o da idade, porém o biopsicológico. Isso significa dizer que, para determinar sua inimputabilidade, levava-se em consideração o discernimento do menor, o que demonstra evolução quanto à nova conduta desta análise. Nos dizeres de Andréa Amin (2008, p.5):

Houve uma pequena alteração no quadro com o Código Penal do Império, de 1830, que introduziu o exame da capacidade de discernimento para a aplicação da pena. Menores de quatorze anos eram inimputáveis. Contudo se houvesse discernimento para os compreendidos na faixa dos sete aos quatorze anos, poderiam ser encaminhados para as casas de correção, onde poderiam permanecer até os dezessete anos de idade

Sintetizando o raciocínio, Carvalho (1977, p. 312) diz:

O nosso Código Criminal de 1830 distinguia os menores em quatro classes, quanto a responsabilidade criminal: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 anos e menores de 17 anos estariam sujeitos às penas de cumplicidade (isto é, caberia dois terços da que caberia ao adulto) e se ao juiz parecesse justo; d) o maior de 17 anos e menor de 21 anos gozaria da atenuante da maioridade.

O sistema biopsicológico mesclava os critérios subjetivo e objetivo, utilizado por noventa e um anos, até a promulgação da Lei 4.242/1921, que tornou o modo de apreciação da imputabilidade objetivo: a idade do infrator.

A Lei do Ventre Livre, promulgada em 1971, foi o primeiro dispositivo vigente no Brasil relativo à proteção efetiva dos menores. A Lei regulamentava a situação dos filhos dos escravos. E, apesar de extremamente desumana, foi pioneira no aspecto de garantir “direitos” aos menores, in verbis:

Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em títulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

Posteriormente, o Decreto nº 847/1890 promulgou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, conhecido como Código Republicano, justamente por ser subsequente à Proclamação da República. A inimputabilidade dos menores de nove anos permaneceu como no Código anterior, enquanto entre os

de nove a quatorze anos teriam a pena atenuada julgando pelo discernimento do menor. Por fim, conforme dispunha os artigos 27 e 30 do Decreto os menores valiam-se da atenuação da pena em relação às aplicadas aos maiores de idade, conforme disposição legal:

Art. 27: Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento.

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

No ano de 1927, sob grande influência e pressão da comunidade internacional, foi publicado o Decreto 17.943-A, intitulado Código de Menores do Brasil ou Código Mello Mattos. Foi o primeiro Código específico que tratava de criança e adolescente, contudo, focava apenas no menor abandonado ou delinquente até os dezoito anos de idade e atribuía poder irrestrito ao Juiz de Menores para decidir qual o destino mais adequado à situação concreta.

O que rege o artigo 1º do referido Código: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo”. A importância desse diploma normativo foi trazer à pauta pela primeira vez ao ordenamento jurídico brasileiro um tratamento mais humano voltado à criança e ao adolescente, prevendo, inclusive, a intervenção e assistência estatal para assegurar a sistemática almejada.

A Constituição Federal de 1937 visou ampliar os direitos da criança e do adolescente. Destaque-se o Decreto-Lei nº 3.799/41 que criou o Serviço de Assistência do Menor (SAM), voltado àqueles marginalizados pela sociedade. Todavia, na verdade, somente tornou-se eficaz com a redefinição dos dispositivos por meio do Decreto-Lei nº 6.865/44.

Neste momento da história, os vínculos familiares gradativamente foram substituídos por outros, institucionais, justificados pela preocupação do Estado em corrigir desvios de comportamento com medidas punitivas.

No intuito de acompanhar as intensas alterações de paradigmas da comunidade internacional atinentes à infância, em 1943, foi instalada no país uma Comissão Revisora do Código Mello Mattos. Sua finalidade era elaborar um Código Misto para corrigir o comportamento do jovem de maneira jurídica quando necessário, levando em consideração aspectos sociais e humanos debatidos pelos movimentos pós Segunda Guerra Mundial. Dentre os principais, a carta de direitos criada pela Organização das Nações Unidas. No entanto, esses avanços humanitários foram interrompidos pelo Golpe Militar, extinguindo a comissão.

Na década de 1960, depois de muitas críticas, principalmente por desvio de verbas e superlotação foi extinto o SAM com a criação da Lei 4.513/64, que instituiu o Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Que, por sua vez, apresentou problemas semelhantes, com o agravante dos militares utilizarem essa lei como instrumento para abusos de autoridade sob o argumento de controle e segurança nacional.

Cumprir lembrar que durante o regime militar, a responsabilidade penal foi reduzida para dezesseis anos por força da Lei 5.228/67. Em 1968, a imputabilidade é reestabelecida para os dezoito anos de idade.

Instituída a Lei 6.697, de 1979, nomeada como o Código de Menor, o legislador não apresentou a intenção de surpreender ou inovar sobre o assunto, reafirmando a doutrina da Situação Irregular, expresso no art. 2º do Código, *in verbis*:

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;

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.

Destarte, em 1990 a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor foi substituída pelo Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), alterando a expressão “menor” por “infância” e “adolescência”, utilizadas atualmente de maneira acertada na Constituição Federal vigente e nos tratados e documentos internacionais.

A Constituição Federal tornou-se a principal guardiã da criança e do adolescente no ordenamento jurídico nacional, promovendo-os como sujeitos de direitos e obrigações, implementando a doutrina da proteção integral, conforme o artigo 227, CF/88:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A expressão “proteção integral” abandona o binômio menor abandonado-delinquente e a proteção assistencial, caracterizando a criança e adolescente como “sujeitos de direito”, imputando-lhes direitos e deveres, de forma indistinta. O artigo 227 da constituição federal é o principal dispositivo quando se trata de criança e adolescente no Brasil, juntamente com a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Reafirmando a doutrina acima, em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069), considerada um microsistema para efetivar suas garantias constitucionais, conforme os artigos 1º e 3º do ECA:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

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

Seu campo de abrangência é amplo, alcançando o direito material, processual, penal e administrativo. Seu principal objetivo é implantar um sistema garantidor de direitos e obrigações em prol da pessoa em desenvolvimento, afastando inteiramente o paradigma menor/objeto, reafirmando a condição de sujeito de direitos.

Atualmente, a maioria é alcançada aos dezoito anos completos. Dentre os principais princípios do ECA e o macrossistema da doutrina da proteção integral, destacam-se o Melhor Interesse da Criança, a Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento e a Prioridade Absoluta.

1.2. Panorama internacional

De acordo com a história contemporânea, as crianças não eram detentoras de direitos, eram sujeitas às regras do pátrio poder, numa relação sem qualquer interferência externa. Deste modo, a família não tinha

compromisso em responder sobre seus atos e decisões em relação à prole, nem ao menos no tocante à educação, sendo considerados meros.

Antes do século XIX, no cenário internacional, as crianças eram igualmente consideradas propriedade dos pais, vítimas silenciosas de maus-tratos que eram socialmente aceitos e tolerados pela comunidade, aceitando um protótipo de não intervenção de terceiros na convivência familiar.

Após a Primeira Guerra Mundial, indiretamente por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, os jovens foram mencionados, pela primeira vez de forma específica, quando se limitou a idade mínima de quatorze anos para ingressar ao mercado das indústrias e de dezoito anos para trabalhos noturnos e insalubres. Importando num avanço significativo na defesa de direitos humanos da criança, inaugurando a ideia de transindividualidade.

A Carta da Liga sobre a Criança de 1924, também conhecida como a Declaração de Genebra, segundo Dolinger (2003, p.82):

É o primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação à criança (...). É composta de cinco itens:

- I. A criança deve receber os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual;
- II. A criança que estiver com fome deve ser alimentada; a criança que estiver doente precisa ser ajudada; a criança atrasada precisa ser ajudada; a criança delinquente precisa ser recuperada; o órfão e abandonado precisam ser protegidos e socorridos;
- III. A criança deverá ser a primeira a receber socorro em tempos de dificuldades;
- IV. A criança precisa ter possibilidade de ganhar seu sustento e deve ser protegida de toda forma de exploração;
- V. A criança deverá ser educada com a consciência de que seus talentos devem ser dedicados ao serviço de seus semelhantes.

Por meio da Sociedade das Nações, em 1924, com a criação da Declaração de Genebra, a criança e o adolescente foram colocados na condição de objeto em relação aos direitos fundamentais. Neste contexto, Gustavo Monaco, citando Georgette Nazo (2005, p.127), diz:

Nesse diapasão, ainda sob os auspícios do sistema internacional instituído após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição a aprovar uma convenção, em 1919, que limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens. Mais amplamente, foi a Sociedade das Nações que, em 1924, logrou aprovar a Carta da Liga sobre a Criança, comumente chamada de Declaração de Genebra e dividida em cinco números redigidos de forma que coloca a criança numa situação claramente passiva, em que ela é mero objeto de proteção que deve receber algo ou ser agraciada com alguma outra coisa, certamente como consequência dos desastres que a Primeira Guerra causou a infância.

A Declaração de Genebra é o marco inicial da proteção dos direitos da infância, apesar de focar na defesa dos direitos humanos de todas as crianças, não contava com força coercitiva, considerada um mero norte de recomendação a ser seguido pelos Estados.

Contudo, a mudança de paradigma se deu por meio do instrumento mais relevante, criado em 1959, aproximadamente 35 anos depois, conhecido como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que trata o menor como sujeitos de direito. Explica Valerio Mazzuoli (2016, p.283):

Embora desprovida de imperatividade, eis que integrante da categoria de normas de soft law, a Declaração de 1959 detém um notável conteúdo ético, moral e humanista, pois reforça que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos em todas as esferas jurídicas, e que, pela condição de imaturidade física e mental, necessitam de cuidados especiais e proteção jurídica.

A Declaração dos Direitos da Criança, formada por dez artigos, aumentou e aperfeiçoou o leque de garantias inerentes ao menor, estabelecendo princípios estruturais, consolidando-o como sujeito de direitos, assegurando o direito ao nome, à nacionalidade, assistência social, convivência familiar, educação, proteção contra o abandono e inibindo a exploração do trabalho.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1946, criou o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que surgiu com o condão emergencial de amparar milhares de crianças pós Primeira Guerra, visando auxiliar a reconstrução dos países prejudicados.

O menor foi visto como parte importante na sociedade pós Segunda Guerra Mundial, há aproximadamente setenta e um anos, lapso temporal que, para a história do homem, é extremamente recente. O flagelo do nazismo escancarou a necessidade que alguns mínimos fossem protegidos. Portanto, há muito pouco tempo se legitimou direitos voltados a proteção do ser humano, da mulher e da criança e do adolescente, principalmente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), proclamando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em dezembro de 1948.

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi reforçada por meio do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no ano de 1966. Proibindo, principalmente, o trabalho nocivo à saúde e à moral das crianças, bem como qualquer exploração econômica ou social do menor, assegurando a não discriminação, a nacionalidade, o nome e a proteção da família. A doutrina denomina esses três instrumentos para toda a comunidade humana como “Bill of Rights”, ou seja, a Carta de Direitos.

Partindo da ideia de que todos os homens eram iguais, a carta de direitos fundamentais resguardava unicamente a igualdade formal, sem distinção entre qualquer ser humano, conforme afirma de maneira expressa o artigo 1º da DUDH: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Por conseguinte, todo ser humano era considerado concretamente igual, pouco importando o seu gênero, raça ou qualquer outra especialidade.

A comunidade internacional começa a perceber que determinadas parcelas da população apresentam necessidades específicas e diferenciadas, devendo ser desenvolvidos mecanismos para atingir a igualdade material, não a meramente formal, como ensina Bandeira de Mello, (2000, p.15):

Se a situação fática vivenciada por determinadas crianças as colocar em uma situação de inferioridade relativamente às restantes crianças daquela comunidade, estar-se-á, nesse caso, diante de hipóteses de conflito de situações que não só autorizam o tratamento desigual, como o impõe.

Em 1969, O Pacto de San Jose da Costa Rica, apresentou grandes inovações, em destaque o direito de peticionar perante a Corte Interamericana

de Direitos Humanos caso a jurisdição nacional fosse omissa ou insuficiente na resolução dos litígios e introduziu a ideia de ressocialização do menor infrator.

No âmbito do direito internacional, a doutrina da proteção integral surgiu com a Declaração dos Direitos da Criança, em 1924. Porém, foi em 1959 que a ONU reconheceu que esse documento redigido pela Liga das Nações estava defasado, pois tratava a criança e o adolescente como quem precisasse de ajuda, dando nova roupagem aos seus dispositivos para extirpar um pouco essa ideia. Como principais inovações, esboçou a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, a prioridade absoluta para assegurar os seus direitos e o direito a convivência familiar, por meio da Declaração dos Direitos da Criança, documento que faz parte do sistema heterogêneo, portanto, de alcance especial de proteção de crianças e adolescentes. Segundo Rossato, Lépore e Cunha (2016, p.43):

Assim, passo a passo, a comunidade internacional foi adotando documentos de abrangência heterogênea que visavam ao cuidado especial à infância, reconhecendo-se, inicialmente, a sua vulnerabilidade, para, posteriormente, declará-la detentora de direitos e credora de políticas públicas direcionadas que considerassem o fato de ser a criança uma pessoa, como todos, mas em desenvolvimento.

Neste contexto, ocorreu um episódio emblemático, em 1984, na cidade de Nova York, conhecido como o caso Mary Ellen Wilson, que alertou toda a comunidade internacional para a falta de proteção jurídica em favor da criança e do adolescente.

Em resumo, menina de nove anos, filha de imigrantes Irlandeses, sofreu maus-tratos de sua mãe adotiva norte-americana, foi que então, a assistente social Etta Wheeler não mediu esforços para livrar Mary daquela situação degradante, procurando, inclusive, o poder público local, os juízes, a polícia e a igreja para que ajudassem a solucionar o caso com intuito de retirar a criança do convívio com seus responsáveis legais. Apesar de sensibilizados, todos se viram engessados por não existir amparo legal para a destituição do poder familiar, mesmo na situação de maus-tratos evidente.

Outrossim, a comunidade internacional fechava os olhos para a importância de tutela específica em favor das crianças. Indignada com a situação da pequena Mary, encontrada cheia de cicatrizes e queimaduras expostas, a solução encontrada pela assistente social foi procurar a Sociedade Americana para a Prevenção da Crueldade contra Animais. Para proteger os interesses da menor, com intuito de legitimar a demanda, utilizou-se o argumento de que o ser humano faz parte do reino animal, não podendo, portanto, ser considerado abaixo de sua espécie.

Essa foi a primeira punição por maus-tratos de crianças registrado na história, amparada por leis voltadas ao reino animal, nos dizeres de Mary Ellen, em 1984:

Meu pai e minha mãe estão mortos. Eu não sei quantos anos tenho. Não tenho lembrança de minha vida antes dos Connelly'. Mamãe tinha o hábito de me bater quase todos os dias com um cinto e ele sempre deixava marcas azuis em meu corpo. Tenho agora uma marca dessas no meu rosto e uma cicatriz de quando mamãe me golpeou com uma tesoura. Não tenho lembrança de jamais ter sido beijada por quem quer que seja e nunca beijei a minha mãe. Nunca fiquei no seu colo e ela nunca me fez carinho. Nunca tive coragem de falar isso com a outras pessoas porque seria castigada. Não sei porque era castigada. Minha mãe nunca dizia nada quando me batia. Não quero voltar a viver com mamãe porque ela me bate. Não me recordo de jamais ter ido à rua em toda a minha vida.

Outros documentos importantes foram as regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça das Infância e da Juventude, conhecida como Regras de Beijing ou Regras de Pequim, de 1985, que visava o tratamento e julgamento dos menores que praticassem ilícitos penais, com a consolidação da Justiça da Infância e da Juventude, garantindo o bem estar do infante e seus direitos processuais básicos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada no ano de 1989, sendo ratificada por oitenta países no ano seguinte, que assumiram o compromisso diante do mundo, com a intenção de combater, por meio de ações afirmativas, a desnutrição, por meios de investimento na saúde, e incentivo à

educação, com a finalidade de sanar os altos índices de analfabetismo na infância.

Dentre as principais metas a serem cumpridas a partir de 1990 destacadas no documento acima, encontram-se:

I. Metas principais para a sobrevivência, o desenvolvimento e a proteção da criança

(a) Entre 1990 e o ano 2000, redução de um terço nas taxas de mortalidade infantil e de menores de cinco anos, ou a um nível entre 50 a 70 por 1000 nascidos vivos, o que representar maior redução.

(b) Entre 1990 e o ano 2000, redução de 50% nas taxas de mortalidade materna.

(c) Entre 1990 e o ano 2000, redução de 50% na taxas de desnutrição grave e moderada entre os menores de cinco anos.

(d) Acesso universal à água potável e ao saneamento básico.

(e) Até o ano 2000, acesso universal à educação básica e à conclusão da educação de primeiro grau de, pelo menos, 80% das crianças em idade escolar.

(f) Redução de 50%, no mínimo, na taxa de analfabetismo entre os adultos com relação a 1990 (grupo etário apropriado será definido em cada país), com ênfase na alfabetização das mulheres.

(g) Melhoria na proteção às crianças que vivem e circunstâncias particularmente difíceis.

Vale informar, ainda, que a Convenção sobre os Direitos da Criança é o tratado internacional com o maior número de ratificações, e segundo a ONU, em 2016 atingiu a quantia de 196 assinaturas. Apresenta 54 artigos, concretiza a Doutrina da Proteção Integral e edifica quatro pilares de sustentação, são eles: a não discriminação, o interesse superior da criança, o direito à vida e à sobrevivência e o direito a expressar sua opinião. Além de ser norteada pela prioridade absoluta do menor, resguardando sempre a sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento.

No âmbito do direito internacional, os principais documentos de alcance geral (homogêneo) são: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966); o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (ONU, 1992); e

a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica).

Já os instrumentos de alcance especial, os quais fazem parte do sistema heterogêneo, são: A Declaração de Genebra – Carta da Liga sobre a Criança, de 1924; a Declaração dos Direitos da Criança (ONU, 1959); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing, 1985); e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989).

1.2.1. A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Esse tema é muito debatido pelos doutrinadores e Tribunais brasileiros, encontra-se longe de almejar um posicionamento unânime entre os juristas. Até meados de 2008, entendia-se que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil tinham força de lei ordinária, portanto, estariam em igual posição hierárquica com os demais comuns, dos mais diversos temas.

Um exemplo claro de que eram correspondentes à lei ordinária federal, foi a decisão do STF, admitindo a prisão civil por dívida no Brasil, mesmo sendo essa concepção contrária a determinação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que vedava expressamente a tal modalidade, conforme julgamento Habeas Corpus, pelo Min. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23 de novembro de 1995:

Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º

do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (STF - HC: 72131 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno).

A prisão civil por dívida era admitida em razão da hierarquia inferior da CADH em relação à Constituição Federal, justamente pela Convenção incorporar o ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária federal, portanto, era subordinada à Magna Carta.

Por oportuno, a interpretação acima mencionada sofria várias críticas por muitos doutrinadores renomados do país, que defendiam a *status* constitucional dos tratados que versassem sobre temas de direitos humanos. Nos dizeres de Flávia Piovesan (2007, p. 57):

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

Pois bem, o artigo 5º, §2º da CF/88, segundo o qual “ 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”, ficava evidente a força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando a intenção do legislador em aumentar o alcance dos direitos protegidos dentro do ordenamento pátrio, por meio de tratados internacionais, rechaçando a força de lei ordinária determinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, cumpre destacar que, em 2000, no julgamento de um Habeas Corpus 79.785-RJ, o então Ministro da Corte, Supúlveda Pertence, sem apoio dos outros membros do STF, menciona pela primeira vez, a hierarquia supralegal para os tratados internacionais que versam acerca de direitos humanos. Argumentando que estes não se equivalem à Constituição, em contrapartida, não se trata de lei ordinária federal. Isto é, para o Ministro, os tratados de direitos humanos deveriam estar em consonância com a Constituição Federal para serem válidos, porém, tinham grau normativo hierárquico superior a lei ordinária.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 45, acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, de 08 de dezembro de 2004, admitindo a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado, com a subsequente redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Não obstante, mesmo após a referida que admitiu o *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados por um quórum qualificado, a novidade não aquietou os debates sobre o tema entre os doutrinadores e os tribunais. O principal argumento dos defensores de direitos humanos era que, independente de qual rito fosse utilizado para a incorporação de um tratado de direitos no ordenamento jurídico, seria materialmente constitucional por força do artigo 5º, §2º da CF/88.

Ao observar o procedimento estabelecido pelo §3º, a única diferenciação do tratado, além de materialmente constitucional, também cumpriria as normas formais exigidas pela CF/88. Com efeito, valendo-se ou não do parágrafo acrescentado pela Emenda, todos os tratados internacionais de direitos humanos seriam hierarquicamente constitucionais, sendo por

respeitarem o §2º (em relação a matéria) ou o §3º (no tocante ao rito de incorporação).

Foi neste cenário que o Ministro Gilmar Mendes, em 2008, reconheceu por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, novamente tratando da prisão civil por dívida, a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Nos dizeres de Nathalia Masson (2016, p. 214):

O Ministro Gilmar Mendes, ressuscitando aquele entendimento exposto por Sepúlveda Pertence no HC nº 79.785, sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial, previsto no § 3º do art. 5º, da CF/88, deve ser reconhecida a natureza supralegal, isto é, abaixo da Constituição, porém acima das leis infraconstitucionais. Noutro giro, os tratados aprovados pelo rito especial, terão status constitucional.

A mencionada hierarquia supralegal dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos foi denominada como “Teoria do Duplo Estatuto”, pelo Supremo Tribunal Federal. Toda lei ou ato normativo infraconstitucional deve ser compatível com a Constituição Federal e estar em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em virtude do seu caráter supralegal. Como o próprio termo “supra” deduz: acima das demais leis.

O último registro importante é que o único tratado internacional de direitos humanos aprovado com quórum qualificado (artigo 5º, §3º, CF/88) discorreu acerca dos direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, criado numa convenção da ONU e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, com força de emenda constitucional. Os demais, sem quórum qualificado, têm status supralegal, segundo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tratar da criança e do adolescente é uma tarefa imprescindível e árdua. As garantias concedidas à infância fazem parte dos chamados direitos transindividuais. Enquanto os direitos difusos e coletivos atingem a toda a

coletividade (gênero), a categoria dos transindividuais (espécie) resguarda a tutela de um grupo específico da sociedade. Portanto, um direito é taxado como transindividual quando pertence a uma categoria intermediária entre os interesses coletivos e os privados.

Os direitos fundamentais garantidos à uma parcela ou à totalidade da população são resultantes de uma herança histórica advinda do chamado Estado de Direito. Esse legado propiciou a origem e consolidação das “quatro dimensões do direito”. A terceira dimensão, especificamente, ocasionou debates jurídicos relacionados às tutelas que transcendem os direitos individuais e atingem toda a coletividade.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, assegura a condição de sujeito de direitos do menor, vedando qualquer ação ou omissão que resultem em violação a direitos fundamentais desse grupo. Dada a importância do reconhecimento, o ECA reafirma o transcrito pela Magna Carta, com a seguinte redação:

Art. 5º: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Todas as vezes que mencionamos a expressão “sujeito de direito” deve estar subentendido o conjunto de garantias fundamentais asseguradas ao menor e que basta a condição de “ser criança” para valer-se desta rede de proteção e efetivação de tutelas. Essa ideia expira qualquer resquício da antiga doutrina “Proteção ao Menor em Situação Irregular” apresentada anteriormente no Código de Menores.

2.1. Princípio do Melhor Interesse Da Criança

O mencionado princípio estabelece que todas as medidas e decisões dirigidas à proteção do menor são fundamentadas no mais adequado interesse em prol da criança e do adolescente.

O melhor interesse do infante, positivado na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, foi positivado da mesma forma no ordenamento jurídico pátrio realçando a pertinência dessa diretriz, como visto, nos textos acima mencionados com as subseqüentes escritas:

Art.5º, §2, CFº: 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.

CIDC: 1- Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o melhor interesse da criança**. (grifo nosso).

Vale informar ainda que o melhor interesse não é sinônimo da vontade pessoal do menor em determinada situação específica. Muito embora a opinião da criança necessite de avaliação, havendo colisão entre o seu desejo ou benefício do seu bem-estar, não resta dúvidas que o último tem primazia o respaldado no princípio em questão. Nessa linha de raciocínio, segundo o Ilustre PAIS, (1999, p. 537):

Assim sendo, o princípio do melhor interesse deve ser uma consideração primária de todas as ações direcionadas à população infante-juvenil. O que significa que em qualquer circunstância, em toda decisão referente a uma criança/adolescente, devemos escolher a melhor solução para ela.

Não rara as vezes, os juízes fundamentam as suas decisões unicamente embasados no melhor interesse da criança desconsiderando a lei posta. Neste caso, o judiciário dispõe de função típica do legislativo com base

em princípios, denominado pela doutrina como “ativismo judicial”. A usurpação do judiciário na função do legislativo deixa em segundo plano a legalidade. O caso mais corriqueiro de ativismo judicial nos Tribunais brasileiros trata-se da infração de furto cometida por menor. Em regra, a internação, nesta hipótese, é medida excepcionalíssima a ser adotada, contudo, muitos juízes ignoram a previsão legal e utilizam o princípio acima citado como respaldo na sua decisão.

A crítica doutrinária do ativismo judicial concerne na dúvida se realmente o intuito de ignorar o texto legal é aspirando no melhor interesse do menor ou trata-se de uma válvula de escape utilizada pelo judiciário como artimanha para recusar o que expressa à lei e operar em conveniência ao seu livre arbítrio.

2.2. Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento

A criança e o adolescente apresentam peculiaridades justamente por estarem em condição de formação, portanto, o princípio em questão almeja a proteção da vulnerabilidade vivida nessa etapa de desenvolvimento do menor, protegendo-o dos percalços durante o processo de formação e crescimento pessoal, social, físico e psicológico

O condão de vulnerabilidade é implícito na condição peculiar de desenvolvimento concernente ao menor. Neste sentido, Martha Machado (2003, p. 108) leciona:

Por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento crianças e adolescentes encontram-se em situação essencial de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude

Com fundamento no princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é que o Poder Público, a família e a sociedade toleram pequenos atos praticados por infantes, pois analisam com sensatez o processo de formação ainda incompleto desses indivíduos.

Neste sentido de harmonizar a condição peculiar com o ordenamento pátrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite em favor do menor o instituto da remissão, inclusive, o perdão de determinadas condutas. A respeito da remissão, de maneira brilhante, Munir Cury (2003, p.425), esclarece:

Procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores, como, p. ex., o estigma da sentença. No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator), o instituto da remissão, tal como o princípio da oportunidade do processo penal, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspende-lo ou extingui-lo.

O instituto da remissão segue os moldes do artigo 126 do Estatuto da criança e do adolescente, portanto, se o procedimento judicial já tiver sido instaurado em desfavor do menor aplica-se a regra do parágrafo único, em contra partida, não havendo até então procedimento judicial vale-se a regra do “caput” do mesmo dispositivo.

As medidas do Estatuto da Criança e do Adolescente são socioeducativas e com condão pedagógico. O básico argumento para essa afirmação tem amparo no princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento sendo obrigação do mundo jurídico analisar os atos praticados por essa categoria levando em estima os aspectos do processo de formação vivido e a vulnerabilidade implícita que os deixam em patamar aquém dos demais membros da sociedade.

2.3. Princípio da Prioridade Absoluta

A prioridade absoluta conta com previsão expressa no artigo 227 da Constituição Federal, conjuntamente, no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com seguinte redação:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- 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.

O artigo é meramente explicativo no tocante ao que compreende a prioridade absoluta, não esgotando as possibilidades as alíneas do artigo 4º do ECA. Todas as ações afirmativas voltadas a primazia absoluta dos interesses da criança e do adolescente integralizam o rol não taxativo do dispositivo acima mencionado. Cumpre destacar decisões judiciais dos Tribunais fundamentadas neste sentido:

O direito do menor à absoluta Prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, ~e o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana (STJ, RESP 577836/SC – Rel. Min. Luiz Fux – j. 21/10/04).

Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ-Resp 630.765/SP, 1ª Turma, relator Luiz Fux, DJ 12.09.2005).

As políticas públicas voltadas à infância só serão efetivadas de forma apropriada com adequado respeito ao princípio da prioridade absoluta. Por outro lado, de nada adiantaria ser assegurado um conjunto de políticas garantidoras da preferência total sem salvaguardar o acesso à justiça. A doutrina entende como primordiais esses dois aspectos, intitulados como eixo de promoção (políticas públicas) e eixo de defesa (garantir o acesso à justiça), portanto, somente com a integridade desses dois núcleos é operativo o postulado da prioridade absoluta.

2.4. Princípio da Municipalização

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu aos municípios a incumbência maior de responsabilização e obrigação perante as políticas públicas que envolvem os menores, conhecida como municipalização das políticas de atendimento (88, I do ECA): “São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento.”

Mesmo com o princípio da municipalização persistindo não exclui a responsabilidade solidária dos outros entes da federação. Eventual responsabilização civil dispõe harmonia entre os elementos da razoabilidade e

proporcionalidade, segundo indica o artigo 100, parágrafo único, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

O Tribunal de Justiça de Rio Grande de Sul, nessa linha de raciocínio determinou que o município de Santos dispusesse de acolhimento institucional para efetivar os direitos das crianças expostas a situação de risco naquela cidade. O argumento fundado para a exigência foi o princípio da municipalização, acarretando responsabilização no descumprimento da decisão por violação expressa às garantias asseguradas no ordenamento pátrio. De acordo com a decisão do Recurso Extraordinário nº 70058263187/RS:

1. O ECA preconiza que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais das três esferas de governo, sendo que a municipalização do atendimento é a primeira das diretrizes da política de atendimento (art. 88, inc. I). Portanto, é indubitoso que compete aos Municípios fornecer subsídios para prestar o devido atendimento às crianças e adolescentes do Município que estejam expostas a situação de risco. 2. Dentre as medidas protetivas passíveis de aplicação quando verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98 do ECA, está a de acolhimento institucional (art. 101, inc. VII), impondo-se que a municipalidade disponha de entidade para tanto, inclusive para que a finalidade do acolhimento, prevista no § 1º do art. 101 do ECA, seja plenamente atendida, à luz da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Reexame Necessário Nº 70058263187, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/05/2014)

O município merece destaque do legislador nesse aspecto porque melhor vislumbra as necessidades da pessoa em desenvolvimento. Isso porque

convive diariamente com a realidade local, conhece as necessidades da cidade, comunica-se de maneira célere com os membros daquele grupo e realiza a troca de informações frontal da população com o poder público, já que se trata de um ajuntamento mais restrito de pessoas. A esse respeito, afirma Guilherme Barros (2011, p. 149):

O artigo 88 elenca as diretrizes políticas do atendimento à criança e ao adolescente, dentre as quais está a municipalização do atendimento, ou seja, as entidades prestadoras de serviços a crianças e adolescentes devem surgir no âmbito municipal- logicamente com o auxílio técnico e financeiro do estado-membro e da União. A razão de ser dessa determinação legal é o contato mais direto do município com a população, o que lhe permite atender às peculiaridades de casa localidade.

Não resta dúvidas que o município é preferível para atender as necessidades da pessoa em desenvolvimento tendo em vista o melhor interesse da criança.

2.5. Princípio da Igualdade Entre Filhos

A Magna Carta estabelece no artigo 227, § 6, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”, evidenciando o princípio da isonomia entre os filhos, com a vedação expressa a qualquer tipo de distinção entre eles, independente da origem da filiação.

Neste sentido Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2010, p. 45) e Maria Helena Diniz (2007, p. 21) lecionam, respectivamente:

Vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repellido do sistema jurídico.

A regra plasmada no art. 227, §6º da Constituição foi alçada ao patamar de princípio basilar do direito das famílias, gerando os seguintes efeitos: (a) não pode haver nenhuma distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade; (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Antigamente, existia uma classificação dos filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos. Essa última categoria abrangia os filhos naturais, espúrios (adulterinos, incestuosos e de coito danado) e os adotivos. Hoje, todos os filhos, independentemente da classificação, não podem ser tratados de forma discriminatória:

A partir de 1988 é inadmissível qualquer forma de discriminação entre os filhos menores de idade e os maiores, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, do Texto Maior. (TJ-DF - APC: 20140710224323, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 30/09/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/10/2015).

A CF/88 veda qualquer adjetivação para diferenciar a prole, excluindo qualquer resquício do Código Civil de 1916 que os classificavam em legítimos e ilegítimos, interferindo, inclusive, nos direitos referentes à sucessão. Atualmente, qualquer retrocesso dos genitores referente a regra da não discriminação pode acarretar em ação indenizatória a favor do filho por descumprimento do dever de cuidados inerentes à paternidade e/ou maternidade.

2.6. Princípio da Consagração do Poder Familiar

No Período Romano, o que prevalecia era o pater poder, a figura masculina. O varão detinha todo o poder político, religioso e econômico de sua família, como confirmava o artigo 379 do Código Civil de 1916. A mulher substituía o pátrio poder na ausência do genitor e com o passar dos anos adquiriu status de colaboradora na hierarquia familiar, porém, se houvesse qualquer opinião divergente, prevalecia a vontade do varão:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

O pátrio poder foi o modelo seguido na sociedade brasileira por um longo período, de 1916 até a promulgação do Código Civil de 2002, vigente nos dias atuais. Em consonância a essa ideia, preleciona o doutrinador Virgílio de Sá Pereira, citado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 49):

O governo doméstico incumbe à mulher; ao homem, o mundo dos negócios, a luta pela vida, a conquista do pão, do conforto, da fortuna. Depois de um dia todo de trabalho, em que a coluna das decepções se

encheu de grossos números e de zeros à dos sucessos, o homem se refugia no seu lar como um cão batido no seu canil, o ambiente aí é sereno, o ar que se respira está saturado de paz e amor. Feliz de revê-lo, com o riso nos lábios e a ternura nos olhos, o acolhe a companheira, e em doce alarido os cercam os filhinhos. No seu lar impera a ordem, reina o asseio, domina o bom gosto... A fada que lhe proporcionou isso foi à mulher; é preciso não tirar-lhe das mãos a sua varinha mágica.

Neste aspecto, houve mudança de paradigma e o termo pátrio poder foi substituído por poder familiar. Dentro do poder familiar prevalece a igualdade de condições entre os genitores, conforme determina o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

O não consenso em relação a criação e educação dos filhos deverá ser levada para a apreciação em juízo, e justamente pela solidariedade de direitos e obrigações alguns autores preferem a não utilização da expressão “poder familiar”, considerando mais adequada a terminologia responsabilidade familiar.

O princípio da consagração do poder familiar ganha destaque nas demandas referentes a regulamentação de guarda dos menores e as decisões desmistificam a crença enraizada na sociedade da preferência que os filhos fiquem com a mãe na disputa com os pais. Ambos apresentam igualdade de condições asseguradas pelo poder familiar, ressaltando, por óbvio, o melhor interesse do guardado. Neste sentido, norteia as decisões dos Tribunais pátrios:

É desnecessária a regularização da representação judicial do menor, quando a procuração estiver subscrita por um deles, pois **ambos os genitores exercem o poder familiar de forma indistinta**. RECURSO

PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70068802321, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 24/08/2016). (grifo nosso)

A responsabilidade familiar enseja um conjunto de direitos e obrigações atribuídos aos pais (ou detentores do poder familiar) em relação aos filhos. Atualmente, o parentesco e os laços afetivos são observações significativas para a formação de vínculos familiares.

2.7. Princípio da Liberdade e da Pluralidade Familiar

O Estado deve interferir de maneira ínfima na relação familiar guardando a autonomia inerente a essa instituição. No contexto da intervenção mínima o princípio da pluralidade familiar e da liberdade enfatiza a impossibilidade de restrição no número de filhos e, em regra, na interferência da livre escolha do regime de bens adotado pelo casal. Nos dizeres de Célio Silva Costa (1992 p. 123):

Da liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não for em virtude da lei. Liberdade que precisa respeitar o direito alheio.

A CF/88 limitou a família quanto a sua formação em três modalidades, sendo elas: a matrimonial (formada por um homem e uma mulher unidos pelo vínculo do casamento), a monoparental (constituída por um dos genitores somente) e a união estável (composta por uma união heteroafetiva vinculada a um contrato de convivência).

Como visto, há no texto constitucional três espécies de família reconhecidas de maneira expressas, contudo, a doutrina e a jurisprudência brasileira admitem famílias legitimadas de forma implícita pela Magna Carta para assim, melhor se adequar a realidade nos tempos contemporâneos, não violando assim o princípio da liberdade e da pluralidade familiar. A duas famílias que não encontram respaldo expresso são as advindas das uniões homoafetivas e as constituídas por avós e netos, nos dizeres de Rossato, Lépore e Cunha (2016, p. 152):

Desta feita, a interpretação mais acertada é no sentido que o art. 226 da CF afirma o princípio do pluralismo das entidades familiares, que reconhece a possibilidade de a família ser formada por diferentes estruturas e componentes, não se reduzindo ao modelo clássico de união pelo casamento entre homem e mulher com o objetivo de gerar filhos. Trata-se, em verdade, de norma de inclusão, e não de exclusão.

A união de pessoas do mesmo sexo foi considerada como espécie de família no julgamento da ADI n. 4277/DF e da ADPF 132/RJ. E. posteriormente, respaldou todas as decisões subsequentes referentes ao tema, como demonstra o julgado do Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do REsp: 1302467 SP, em 2015:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar,

entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, "este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" 5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros 10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. (STJ - REsp: 1302467 SP 2012/0002671-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 03/03/2015, T4 - QUARTA TURMA).

É inaceitável em um Estado Democrático de Direito o poder constituinte restringir em apenas três as famílias dignas de proteção, engessando a autonomia do indivíduo de poder se relacionar com quem quiser. Não admitir as famílias implícitas na CF/88 viola o princípio da liberdade e pluralidade familiar. A idealização é transcender as antigas imposições sociais e formar uma família com base nos vínculos afetivos, e não seguir estereótipos socialmente aceitos no contexto social.

2.8. Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade deve ser analisado em dois prismas dentro do seio familiar: interno e externo. Internamente, existe entre os membros o dever de cooperação, por exemplo, na obrigação alimentar:

Nos termos do art. 1694, § 1º, do CC, a fixação do valor dos alimentos definitivos deve obedecer ao binômio: necessidade do alimentando e possibilidade econômica do alimentante. São obrigados a fornecer alimentos os parentes consangüíneos até o segundo grau, cônjuges ou companheiros. **Tal obrigação se baseia no princípio da solidariedade familiar.**(TJ-DF - APC: 20120710324785, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 20/05/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/05/2015) (Grifo nosso).

Já o prisma externo engloba a solidariedade dessa família com outros membros da sociedade, inclusive com o meio ambiente (artigo 225, CF), citando como ilustração, a hipótese de responsabilidade objetiva dos pais em relação aos danos ocasionados pelos filhos em desfavor de terceiros.

Esses deveres recíprocos de solidariedade dentro do seio familiar independem da faixa etária, portanto, podem valer-se dessa prerrogativa os idosos, as crianças, os adolescentes e até mesmo os adultos, desde que, comprovada a necessidade de cooperação, tanto no aspecto moral como no patrimonial. Nos dizeres de Caio Mário (2009, p.55): “o princípio da solidariedade implica respeito e considerações mútuos em relação aos membros da família, pelo que, definitivamente, constitui princípio norteador do Direito de Família contemporâneo”.

2.9. Princípio da afetividade

Atualmente, as relações familiares são pautadas na socioafetividade. Sérgio Rezende de Barros (2006, p. 885), define que “o afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro”. Para Rolf Madaleno (2011, p. 95) “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movimentadas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

Ainda, no que diz respeito ao afeto, o Superior Tribunal de Justiça, proferiu várias decisões pautadas no princípio da afetividade. Vejamos:

As diretrizes devem ser muito bem fixadas em processos que lidam com **direito de filiação**, para que não haja possibilidade de uma criança ser desamparada por um ser adulto que a ela não se ligou, verdadeiramente, pelos **laços afetivos** supostamente estabelecidos quando do reconhecimento da paternidade. - A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. (STJ - REsp: 932692 DF 2007/0052507-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/12/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2009) (Grifo nosso).

Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o **vínculo de sócio-afetividade** com o adotado. (STJ - REsp: 1088157 PB 2008/0199564-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2009). (Grifo nosso).

Em todos os casos acima mencionados, o vínculo afetivo é primordial para justificar a decisão dos mais diversos temas envolvendo relações familiares e humanas. O princípio da afetividade respalda o direito à filiação, guarda, tutela, curatela, adoção, alimentos, dentre outros. Inclusive, a ausência do afeto nas relações familiares pode evidenciar abandono afetivo. No entendimento da Ministra Nancy Andrigli:

Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, **ao menos quanto à afetividade**, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do **abandono afetivo**, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. (RECURSO ESPECIAL Nº

1.159.242 - SP (2009/0193701-9) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI). (Grifo nosso).

A possibilidade de se indenizar no âmbito familiar é tratada com muita cautela pelo judiciário de todo o país, justamente para não trocar vínculos afetivos por mera indenização em pecúnia. Porém, analisando o caso concreto e comprovada a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a culpa dos responsáveis legais, o menor deverá ser indenizado, mesmo se tratando de assuntos referentes ao direito de família. Esse julgado acima mencionado abriu precedentes para fomentar a discussão sobre o assunto.

3. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar e promover direitos inerentes à criança e o adolescente. A preservação da garantia fundamental ao convívio familiar tem ligação direta com a proteção da família. Sem garantir direitos familiares não há como efetivar as políticas públicas voltadas ao convívio familiar.

No seio familiar, o menor se depara com o primeiro ambiente social que é fundamental na sua formação e na criação de laços de afeição. Como base da sociedade, a família tem grande contribuição na vida da criança sendo indispensável um olhar dedicado de toda rede ligada à infância voltado, em especial, a preservação e a manutenção do convívio familiar. Sobre o tema, Paulo Lôbo (2010, p.68) diz:

A convivência familiar deve ser compreendida como sendo: a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no

ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

No ECA, esta ideia está expressa no artigo 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 função primordial do Estado se baseia fundamentalmente em concretizar as políticas afirmativas em prol da criança e do adolescente viabilizando os direitos fundamentais assegurados no ordenamento, em especial, os direitos civis, políticos, sociais e culturais, inclusive, em consonância com a Convenção Sobre Os Direitos Das Crianças, ratificada pelo Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente basicamente transcreve os direitos pronunciados nos outros documentos e reafirma a responsabilidade de implementar políticas para a confirmação dos direitos em prol da infância (4º do ECA). Neste sentido, o Estatuto enfatiza a responsabilidade estatal no que se refere ao direito à educação básica obrigatória, gratuidade nos serviços, escolas especializadas para a pessoa com deficiência, vagas em creches e pré escolas e demais medidas referentes à educação (artigo 54, ECA).

A tarefa da sociedade baseia-se no cuidado, proteção e vigilância das garantias da pessoa em desenvolvimento observando a sua condição de vulnerabilidade tendo em vista a atenção que necessitam de todo o grupo social. O auxílio da comunidade na tarefa de levar ao conhecimento do poder público eventuais ações ou omissões cometidas contra a criança e o adolescente é crucial e taxada como dever na legislação brasileira, portanto, tem a obrigação

de denunciar qualquer dano físico, moral ou psicológico praticado em desfavor do menor.

Intitular a criança e o adolescente como sujeitos de direito os assegura, dentre várias garantias, o direito fundamental à convivência familiar, sendo no seio de sua família original ou, excepcionalmente, em família substituta. O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que: “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. ”, nos dizeres de Rossato, Lépure e Cunha (2016, p. 148):

Pode-se afirmar que o direito à convivência familiar prima pela conservação da família natural, estabelecendo a ela uma prioridade. Se, porventura, a criança ou o adolescente precisarem ser retirados da sua família natural, eles serão encaminhados para programas de acolhimento familiar ou institucional, bem como para famílias substitutas de guarda ou de tutela, sempre de forma provisória. Depois de certo lapso, a situação da família natural será reavaliada. Estando reestruturada, receberá novamente a pessoa em desenvolvimento. Caso contrário, a criança será encaminhada à adoção.

Não é possível tratar da convivência familiar sem mencionar a Lei 12.010/2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção. Essa lei reafirma o caráter excepcional da retirada do menor da família natural ou extensa e aponta o cunho provisório, já que primeiramente, o que se espera é a não ruptura definitiva dos vínculos familiares.

Em linhas gerais, busca-se o restabelecimento da convivência familiar como objetivo principal nas relações que abrangem menores. Somente em circunstâncias excepcionais é que carecem de ser aplicadas as demais medidas protetivas como solução subsidiária. A Lei de Adoção poderia prontamente ser denominada como Lei de Convivência Familiar, em consequência do objetivo principal do legislador ser o restabelecimento da convivência, deixando num plano secundário a adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a diferenciação entre família natural e extensiva:

Art. 25 do ECA: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

O Estatuto fazia alusão a família natural e substitutiva e com a Lei 12.010/2009 foi acrescentado ao rol a família extensa ou ampliada, formando a classificação trinária adotada pelo ECA.

A família natural é formada por ambos os genitores e seus descendentes, conhecida como família natural biparental, ou por apenas um dos genitores e seus descendentes, denominada família natural monoparental.

Já a família extensa ou ampliada abrange os parentes mais próximos da criança e do adolescente ligados por vínculo de convivência, de afinidade ou de afetividade, pontualmente para a preservação das relações familiares e a não cessação do convívio familiar.

Quando não for possível a permanência do menor junto a sua família natural ou extensa, deseja-se a atuação da família substituta, e como já dito, deve ser constituída de maneira subsidiária por seu caráter invasivo e a última solução viável para o bem estar da criança e do adolescente. A família substituta sucede a uma ação de regulamentação de guarda, tutela ou processo de adoção.

4. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ACOLHIMENTO FAMILIAR

Nos dizeres de Barros (2010, p. 135), “o objetivo das medidas de proteção, naturalmente, é sanar a violação do direito ou impedir que tal ocorra”. Apesar das medidas de proteção e de acolhimento apresentarem algumas semelhanças e serem fundadas no mesmo objetivo, não são institutos idênticos, apresentando cada modalidade uma marca registrada.

No acolhimento familiar, embora o nome inspire interpretação diversa, o menor não é recebido como filho. Trata-se puramente de uma família acolhedora e profissional, que deverá zelar e prestar assistência à criança ou adolescente transitoriamente até que sejam sanadas as causas de afastamento da sua convivência com a sua família de origem. Segundo Rossato (2016, p. 148):

O programa de acolhimento familiar (art. 101, VIII, do Estatuto) é uma medida protetiva, aplicável única e exclusivamente pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, que determina a retirada da criança ou do adolescente de sua família, e a posterior entrega da pessoa em desenvolvimento aos cuidados de uma família acolhedora que pode ter a supervisão pedagógica e direcional de uma entidade de atendimento, que é responsável pela execução do programa. A marca registrada do acolhimento familiar é que a criança e o adolescente estarão sob os

cuidados imediatos de uma família denominada família acolhedora, que é previamente cadastrada no respectivo programa.

Em contrapartida, o acolhimento institucional é relacionado a uma entidade governamental ou não, na qual a criança ou o adolescente ficará sob os cuidados da instituição até o momento de ser reintegrada à sua origem ou ser colocada em uma outra família.

O acolhimento institucional por muitas décadas foi conhecido como abrigo, termo que, segundo os profissionais da área é inapropriado, uma vez que não se trata de prática assistencialista, e sim de um trabalho conjunto para acolher temporariamente o menor em risco até que se consiga reestruturar a sua família, com o apoio dos mais diversos programas oferecidos pela rede de proteção à infância.

4.1. Principais aspectos

Analisando o ECA e a Lei de Adoção, chega-se à conclusão que atualmente existem nove medidas protetivas, segundo Maria Ignez Moreira (2014, p. 30), são elas:

- (a) encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade;
- (b) orientação, apoio e acompanhamento temporário;
- (c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- (d) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e o adolescente;
- (e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

- (f) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- (g) acolhimento institucional;
- (h) inclusão em programa de acolhimento familiar (medida acrescentada em 2009)
- (i) colocação em medida substituta.

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar, conforme determina o ECA, são medidas de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente que devem ser aplicadas respeitando os princípios da brevidade e da excepcionalidade, ambos previstos na Constituição Federal e no §1º do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.

Essas medidas públicas de proteção à criança e ao adolescente são muitas vezes evasivas e, embora haja muito esforço contemporâneo, ainda expõe o menor a várias situações prejudiciais, pois podem levar à ruptura da convivência familiar e até à segregação social. Logo, é primordial que sejam analisadas em primeiro plano como uma saída provisória e excepcional, e cumpridas unicamente quando seus direitos fundamentais se virem ameaçados.

Advém que, sob a justificativa da reintegração familiar, muitas crianças são esquecidas nas instituições de acolhimento, violando diversos princípios constitucionais, principalmente o do Melhor Interesse da Criança. Recordemos que o direito fundamental à convivência familiar é intimamente ligado a afetividade, como ressaltado por João Batista Amorin de Nunes (2009, p.221):

A relação de afeto da criança para com seus pais é um importante elemento para se avaliar a possibilidade ou a pertinência em prosseguir, nas tentativas de reintegração familiar. Cada vez mais, o afeto vem sendo o elemento fundamental para aferição da paternidade. Mais importante que os vínculos biológicos é a relação afetiva existente entre a criança e seus pais.

O acolhimento (familiar ou institucional), em tese, prestará serviço de moradia temporária para o menor que tenha a convivência familiar suspensa, fornecendo educação, lazer, assistência psicológica e médica, dentre outras políticas afirmativas que visem o seu bem estar. Tais medidas de proteção podem ser aplicadas sempre que os direitos dos menores forem ameaçados ou violados, conforme define o artigo 98 do ECA:

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

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Destarte, o menor que se encontra em alguma situação de risco deverá ser integrado utilizando tais medidas protetivas.

De acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público (2013, p. 43), as principais causas que resultam em acolhimento institucional são:

Os principais motivos para o acolhimento institucional (abrigo e casa-lar) citados por ocasião das inspeções foram em ordem de ocorrência: – negligência dos pais e/ou responsável (mais de 80%); – dependência química/alcoolismo dos pais e/ou responsável; (mais de 80%); – abandono dos pais e/ou responsável (em torno de 77%); – violência doméstica; (próximo a 60%); – abuso sexual praticado pelos pais e/ou responsável (em torno de 45%).

Analisando os dados acima, é possível perceber que a soma dos percentuais excede os cem por cento, levando-nos a concluir que normalmente mais de um motivo resulta na medida de acolhimento institucional. Com base nessa pesquisa, assevera-se que a pobreza não é justificativa para imposição dessa medida, sequer motivo plausível para o rompimento do poder familiar, conforme se depreende dos seguintes julgamentos:

A extinção do poder familiar exige comprovação de um fato grave ou mesmo de uma falha reiterada dos pais quanto aos deveres de atenção e cuidado dos filhos. Só a partir disso é que se está autorizado a pôr em prática a medida excepcional de destituição do poder familiar. Todavia, o caso em apreço é puramente social e não estão presentes nenhuma das hipóteses de situação de risco por negligência ou maus tratos a justificar a destituição do poder familiar, porquanto **não se pode punir a pobreza** pela via judicial, mediante retirada dos filhos das pessoas carentes, do seio de sua família natural[...] (TJ-SC - AC: 20130320050 SC 2013.032005-0 (Acórdão), Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 22/07/2013, Terceira Câmara de Direito Civil Julgado)

Não ter as melhores condições financeiras não é requisito para destituir o pátrio poder, visto que grande parte das famílias brasileiras labora sem carteira assinada e nem por tal motivo são alvo de ações judiciais como a presente. Recurso improvido. (TJ-ES Apelação Cível: AC 12069000821 ES 012069000821 Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, RÔMULO TADDEI, julgamento 17 de outubro de 2006).

Não obstante, na prática, a ausência de condição financeira para o sustento básico da família é a maior justificativa dos abandonos parentais, embora não haja amparo legal que a alicerce. Deste modo, a maioria das famílias acolhidas preferem deixar os seus filhos na instituição com o intuito de serem protegidos pelos profissionais da rede da infância, em vez de submetê-los a miséria, fome e desnutrição decorrente da desigualdade social testemunhada em todo o país.

Motivos pelos quais os responsáveis legais levam em consideração a infraestrutura patente nas medidas protetivas adotadas nessas situações, tais como as boas condições do ambiente físico, o devido amparo médico, social e

psicológico mais adequados do que as condições que os próprios pais poderiam proporcionar aos filhos.

Independentemente da falta de condições financeiras não encontrar amparo legal para ocasionar a suspensão do convívio familiar ou a ruptura dos vínculos afetivos, pode potencializar os riscos para desestruturar uma família. Conquanto, ainda que não seja razão decretória para o acolhimento institucional, é, sem dúvida, realidade na vida de quase a totalidade dos menores acolhidos.

Quanto ao tempo do acolhimento, reitera-se que a medida protetiva tem caráter excepcional e transitório, competindo ao juiz da Vara da Infância e da Juventude tais demandas. Segundo determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente, complementado com o entendimento da doutrina e jurisprudência majoritárias, o prazo máximo de duração da medida será de até 02 (dois) anos, devendo a situação do menor e da sua família ser reavaliada a cada 06 (seis) meses.

O prazo de dois anos poderá ser prorrogado, desde que haja motivação observada e fundamentada pelo juiz competente, visando o melhor interesse do menor e a sua proteção integral, de acordo com o que dispõem os §§1º e 2º do ECA, respectivamente:

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Não sendo possível reinserir a criança ou o adolescente no convívio familiar, prevê o Estatuto, apenas como último recurso, a destituição do poder familiar:

Art. 101, §9º, ECA: Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda.

O intuito é que o menor seja acolhido até que os problemas que o afastaram do convívio familiar sejam solucionados, adotando medidas de caráter provisório. Entretanto, o objetivo de reestruturar a família e não perder o vínculo familiar nem sempre é almejado, gerando a destituição do poder familiar, isto é, a ruptura definitiva desta entidade.

No cotidiano dessas instituições, verifica-se que, na maioria dos casos para os adolescentes, o acolhimento institucional se torna permanente, e embora afastá-los de um ambiente desestruturado seja benéfico, pode acarretar uma transferência implícita de responsabilidade da família para o Estado. Dado que a instituição passa a simbolizar a família do menor, com seus ônus e bônus como educar, formar caráter, auxiliar na construção da identidade de cada um, contribuir para criação de pessoas, respaldada por afeto e reforçando a importância de individualizar cada ser humano.

Por fim, cabem críticas referentes às providências de acolhimento, pois as medidas protetivas deveriam ser utilizadas em última análise. Entretanto, na prática, em conjunto com a rede de proteção à criança e ao adolescente é uma das medidas mais aplicadas pelos operadores do direito, uma vez que vislumbram uma solução imediata, que a longo prazo pode promover um estrago imensurável para o menor, em especial pela marginalização social.

4.2. Plano Individual de Atendimento (PIA)

A Lei 12.010, de 03 de agosto de 2010, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e introduziu o Plano Individual de Atendimento às medidas de acolhimento (institucional ou familiar), acrescentando o §4º ao artigo 101 do ECA, com a seguinte redação:

§ 4º: Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei.

Dentre os comentários que buscam analisar e criticar as medidas de acolhimento institucional, os protestos se destacam basicamente em duas vertentes: o tratamento não pessoal nos atendimentos oferecidos pela rede da infância, e a ausência de sensibilidade em detectar as necessidades peculiares de cada pessoa em desenvolvimento que se encontra acolhida.

Cuidando das necessidades individuais da criança e do adolescente acolhidos, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu dois instrumentos fundamentais: o arquivo de anotações e o Plano Individual de Atendimento (PIA). O primeiro se encontra no artigo 94, XX do ECA, com a seguinte redação:

XX: manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação,

relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

Já o Plano Individual de Atendimento (PIA), é realizado por uma equipe técnica da unidade de atendimento e se destina à apuração das necessidades pessoais de cada menor. Trata-se de uma estratégia projetada para detectar a personalidade do acolhido, ou seja, as suas singularidades, capacidades íntimas, talentos ocultos, aptidões intelectuais, artísticas e profissionais, assim como todos os aspectos imprescindíveis para auxiliar sua formação plena, desenvolvendo e descobrindo capacidades.

O instrumento será elaborado sempre atentando o ponto de vista do menor conjuntamente com a opinião e acompanhamento dos seus pais ou responsáveis, conforme expresso no § 5º do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

§ 5º O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável.

O PIA é um instrumento fundamental para direcionar o menor de maneira eficaz durante o tempo que permanecer acolhido. A fim de que, cessadas as causas que interromperam o convívio familiar e reestruturado tal ambiente, possa ser reinserido à sua família de origem sem prejuízos à sua formação e desenvolvimento individual.

§7º O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, como parte do processo de reintegração familiar, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente acolhido.

Considerando a hipótese de o acolhimento institucional se tornar permanente, falhando na reintegração familiar, ponto comum no dia a dia da instituição, o objetivo do Plano Individual de Atendimento é formar crianças e adolescentes que consigam seguir os caminhos da vida de maneira autônoma, bem preparados profissional, física e emocionalmente.

O intuito é que a equipe técnica do acolhimento, que envolve profissionais da saúde, da educação, assistentes sociais, dentre outros órgãos da rede de proteção, em conjunto, elaborem um documento individual para cada menor, durante o período transitório de cada um, levando em consideração todos os princípios que resguardam a criança e o adolescente, principalmente o Melhor Interesse do Menor.

A ideologia do plano é um trabalho em conjunto entre a rede de proteção, o menor, sua família e todos que tenham vínculos participativos no seu núcleo familiar, para traçar novos horizontes e que toda a família possa ser reestruturada por meio de uma conscientização coletiva.

Para a elaboração do PIA é indispensável (artigo 101, § 6º):

§ 6º Constarão do plano individual, dentre outros:

I - os resultados da avaliação interdisciplinar;

II - os compromissos assumidos pelos pais ou responsável;

III - a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais ou responsável, com vista na reintegração familiar ou, caso seja esta vedada por expressa e fundamentada determinação judicial, as providências a serem tomadas para sua colocação em família substituta, sob direta supervisão da autoridade judiciária.

Muito embora não haja um modelo de PIA padrão, alguns elementos são essenciais para um plano conclusivo e operativo, como os dados de identificação do menor e da sua família, os motivos que resultaram no acolhimento e no afastamento familiar, as pessoas da família extensiva que têm vínculos positivos com o menor; aspectos no tocante a saúde, educação, profissionalização, cultura, esporte, lazer, dentre outros.

O plano é desenvolvido com o objetivo de identificar suas limitações, potencialidades, desejos, sonhos e individualizar seu tratamento valorizando sua situação peculiar; bem como assegurar a dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos da personalidade da criança e do adolescente, sem prejuízo por se tratar de ambiente coletivo, seja no acolhimento institucional ou familiar.

5. CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi consagrado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, período pós Segunda Guerra Mundial. Momento em que a comunidade internacional se comprometeu com os direitos do homem, a fim de que fossem evitadas novas atrocidades cometidas contra a raça humana. Portanto, fez-se necessário proteger o indivíduo no seu íntimo, na sua dignidade, de acordo com a redação da DUDH: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 legitimou expressamente a dignidade da pessoa humana em vários dispositivos do texto constitucional, conforme visto:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - **a dignidade da pessoa humana;**

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

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

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.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua **dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (Grifo nosso).

A dignidade humana é o coração dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, protegendo e efetivando as garantias indispensáveis para a superveniência do indivíduo no meio social. Devido à sua relevância nas relações civis se faz necessária a reafirmação de sua valia Constitucional sempre que possível, segundo informa Lammêgo Bulos (2007, p.41):

A imprescindibilidade da previsão constitucional de referidos direitos é, a todo o momento, propalada pela doutrina constitucionalista pátria, para quem “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Destaca, brilhantemente Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2009. p. 265), a íntima ligação entre a tutela da dignidade humana e os direitos fundamentais:

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição.

Segundo os doutrinadores, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não são expressões sinônimas ainda que aspirem igualmente as garantias essenciais do indivíduo. O termo “direitos fundamentais” compreende a ordem jurídica interna e as garantias asseguradas pela Constituição local, por outro lado, os “direitos humanos” abrangem o panorama internacional e a universalidade dos direitos basilares. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 240):

Os direitos humanos “distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno], enquanto os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua positivação jurídica nos ordenamentos político-estaduais.

Os direitos firmados na Constituição Federal são decorrentes das principais evoluções históricas mundiais que influenciaram na inclusão de inéditas proteções no panorama nacional, conhecidas como as “gerações de direitos fundamentais”. Observa-se a importância da escolha da nomenclatura “dimensão” em vez de “geração” para evitar interpretação desacertada de sobreposição dos direitos mais atuais em relação aos primeiros firmados, uma vez que, em cada localidade essa evolução se deu em um momento próprio. Ademais, há agregação das garantias e não abandono das conquistas antecedentes.

Dentro de cada período histórico, destaca-se em breve pesquisa, a formação das dimensões dos direitos fundamentais. Em resumo, os direitos de primeira dimensão, adquiridos entre o século XIII e começo do XIX, são relacionados à liberdade do indivíduo. A segunda dimensão, inaugurada entre o século XIX e XX, diz respeito aos direitos à igualdade. Em meados do século XX, surgiu a necessidade de pensar o direito visando a fraternidade e a solidariedade, originando então a terceira dimensão. Por fim, nasceu o destaque

maior deste trabalho: os direitos de quarta dimensão, resultantes da globalização, do pluralismo e da universalização de direitos. Um dos pioneiros no assunto, o grande constitucionalista Bonavides (2006, p. 571), explica a quarta dimensão:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. **É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.** Deles depende a concretização da **sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.** (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (grifo nosso)

Na mesma linha de raciocínio, Mazzuoli (2016, p. 53) diz:

Resultante, segundo a sua concepção, da globalização dos direitos fundamentais. Seriam exemplos de direitos de quarta geração o direito **à democracia** (no caso, a democracia direta, o direito à informação e o **direito ao pluralismo**, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima **universalidade**, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as **relações de convivência.** (grifo nosso)

Norberto Bobbio (2004, p.6) acrescenta à quarta dimensão dos direitos fundamentais o direito à identidade genética: “os direitos que se

relacionam aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético do indivíduo”.

O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a garantia ao patrimônio genético do indivíduo (quarta dimensão) com base nos direitos da personalidade, de acordo com o julgamento do Recurso Extraordinário nº363889-DF, no ano de 2011:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, **EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE**. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao **exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser**, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF - RE: 363889 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011, grifo nosso)

No julgamento acima mencionado, o Ministro Dias Toffoli inaugurou precedente no ordenamento nacional ao tratar o patrimônio genético do indivíduo como direito fundamental à identidade advindo dos direitos inerentes à personalidade. Apontado pela primeira vez no âmbito nacional como essencial ao indivíduo, ainda que abordado unicamente acerca do patrimônio genético.

Os direitos fundamentais apresentam como principais características a universalidade, historicidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, relatividade, inviolabilidade, efetividade, interdependência e a complementariedade. O caráter subjetivo dos direitos fundamentais orientam todo o ordenamento pátrio, e quanto ao aspecto objetivo, enunciam o condão de alicerce do Estado Democrático de Direito.

A Suprema Corte brasileira classifica a dignidade humana como supraprincípio, base do ordenamento jurídico e norte soberano nas relações sociais. No contexto de primazia da dignidade da pessoa, o STF, informa:

Ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, tendo em conta a supremacia da dignidade da pessoa humana (RE 592.581-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

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. (ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016)

O direito à vida, à integridade física, ao próprio corpo, à imagem, honra, voz e aos alimentos são inerentes à personalidade oriunda da dignidade humana. O CC/2002 menciona um rol exemplificativo dos direitos da personalidade que, em regra, são intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme disposto no artigo 11 do dispositivo mencionado. Conjuntamente, vislumbra o Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Após apontar a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, a intenção do projeto passa a ser evidenciar como garantia fundamental o direito à identidade dentro do panorama jurídico nacional contemporâneo.

O direito à identidade pessoal é assunto central em vários debates envolvendo diferentes disciplinas relacionadas à busca do ser humano individualizado, dentre elas, a sociologia, a filosofia, a antropologia, a psicologia e todas as demais áreas que compreendem o ser humano como objeto central das relações sociais.

Conferir condão fundamental à identidade pessoal cessa a visão patrimonialista objetivada em resguardar somente o direito ao nome, a imagem, a honra do cidadão e a sua privacidade. O propósito é expandir o entendimento atual e evitar que as expressões “identidade” e “identificação” sejam usadas como sinônimas.

Cada ser humano exterioriza traços somáticos e corporais, que resultam na sua imagem. A Constituição Federal assegura expressamente a proteção à imagem no rol do artigo 5º, ao mencionar serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso X), e garante “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas” (inciso XXVIII, alínea “a”). Nos dizeres de Carlos Alberto Bittar (2001, p.185), entende-se por direito à imagem:

Aquele restrito ao vínculo que une determinada pessoa à sua expressão externa, vale dizer, aos traços e caracteres que a distinguem e individualizam. Destarte, consiste no direito individual que tem a pessoa de impedir que outrem a utilize, sem autorização, de sorte que a captação e a posterior utilização econômica da imagem dependem da sua anuência

Lembremos que o STF apreciou o tema no sentido da necessária anuência para a utilização e veiculação da imagem do indivíduo com a seguinte tese:

A publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. II. - R.E. conhecido e provido. (STF - RE: 215984 RJ, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/06/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-06-2002 PP-00143 EMENT VOL-02075-05 PP-00870 RTJ VOL-00183-03 PP-01096).

Quanto à honra, cada cidadão pode exteriorizar no meio social (honra objetiva) ou guardar para si próprio (honra subjetiva) esse direito. Independente da modalidade, ambas devem ser resguardadas pelo poder público quando violadas. Nos dizeres de Adriano de Cupis (2004, p. 121): “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.

Noutro giro, o resguardo à privacidade visa preservar os aspectos particulares do ser humano, com o intuito de diminuir ou até mesmo cessar as interferências arbitrárias do mundo externo. Não importando se a violação a vida íntima foi realizada pelo Estado ou por particulares, ambos serão

responsabilizados por seus atos. Segundo Gilmar Mendes (2010, p. 471), há quatro meios de violar a privacidade:

(i) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo; (ii) exposição pública de fatos privados; (iii) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false lighth*), que ocorre quando a pessoa quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável; (iv) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais.

O direito à privacidade não se confunde com o direito à intimidade. Apesar de se assemelharem, o último faz referência a uma esfera extremamente íntima, não compartilhada aos membros da sociedade, observada por quantidade restrita de pessoas, segundo informa Nathalia Masson (2016, p. 234):

O poder constituinte originário, contudo, deu destaque individualizando a cada uma, o que nos permite concluir que há **diferenças** entre as expressões. Assim, **a vida privada é mais abrangente e contém a intimidade**, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas do indivíduo, incluindo os seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais. Nota-se que que a tutela à vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de alguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade. (grifo da autora)

Alguns autores utilizam como exemplo de violação à intimidade a invasão ao conteúdo de um diário, a ofensa à autoestima, a sexualidade, dentre outros direitos que o indivíduo não tem a intenção de expor.

Convém apontar a tutela ao direito autoral, que busca preservar eventual criação do cidadão, resguardando a sua autoria e as esferas conexas, conforme menciona a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. A Constituição Federal tem determinação expressa em relação aos direitos autorais, de acordo com o artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII:

Art. 5º: XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas

Os direitos da personalidade contribuem de forma significativa para a preservação da identidade pessoal do indivíduo, porém, é necessário ampliar o horizonte e estimular o status de direito fundamental à identidade, por meio de políticas públicas que auxiliam na construção do ser humano, mediante os recursos modernos que envolvem a globalização e requerem respeito e compreensão à diversidade que permeia o planeta.

Entende-se por direitos de personalidade, segundo Farias e Rosenvald (2013, p. 177):

Aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais”, isto é, “os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Na mesma linha de raciocínio, Christiano Cassettari (2016, p. 65), explica que:

São direitos inerentes à pessoa natural ou jurídica, dotados de personalidade jurídica, que têm por objetivo promover a defesa da integridade física, moral e intelectual.

Os direitos da personalidade possuem as seguintes características:

a) Intransmissibilidade;

- b) Irrenunciabilidade;
- c) Indisponibilidade;
- d) Incomunicabilidade;
- e) Impenhorabilidade;
- f) Imprescritibilidade;
- g) Perpetuidade;
- h) Oponibilidade erga omnes.

Lembrando que eventual fração patrimonial é transmissível, não descaracterizando a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, o mesmo ocorre quando a pretensão indenizatória que se prescreve, o que o autor perde é o prazo para pleitear em juízo a sua pretensão, e não o direito da personalidade em si.

O pluralismo advém do Regime Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal, por conseguinte, a Magna Carta busca efetivar tutelas que de fato assegurem a afinidade entre as mais diversas tribos sociais, respeitando o aspecto religioso, filosófico ou político.

Obter uma sociedade harmônica só é possível com o respeito às diferenças de comportamento, pensamento e ideais. Para uma boa convivência torna-se indispensável o respeito as associações divergentes e até mesmo ao indivíduo que não queira pertencer a grupo social algum. Alguns exemplos do resguardo ao pluralismo na CF/88 são: a liberdade de ação, de pensamento, de manifestação, de consciência, crença, culto, profissão, dentre outros expressamente assegurados, conhecido como pluralismo democrático. Segundo Edson Fachin, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o **convívio com a diferença** e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. (ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min.

EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016).

O respeito às diferenças é imprescindível por rechaçar o pensamento de uniformização imposto muitas vezes pelo meio social e amparar a luta do reconhecimento pessoal, a aspiração em ser diferente, único, singular, mesmo vivendo em ambiente coletivo. Respeitar a diferença é denotar que nenhum ser humano é igual, é amparar-se na diversidade, respeitando a individualidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não muito alude sobre a identidade humana, tão pouco a assegura como um direito fundamental. Refere-se, na maioria das vezes, de forma restrita no tocante a identidade, assegurando e efetivando direitos relativos somente a identificação individual. Alguns exemplos, no CC/2002 onde é mencionado o termo identidade:

Art. 139. O erro é substancial quando: II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter: II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

Art. 1.062. O administrador designado em ato separado investir-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração. § 2º Nos dez dias seguintes ao da investidura, deve o administrador requerer seja averbada sua nomeação no registro competente, mencionando o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação;

Art. 1.900. É nula a disposição: III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

O legislador pátrio mencionou o termo identidade no sentido de identificação pessoal, relacionado ao nome, a imagem e a honra do indivíduo, podendo facilmente ser substituída a palavra “identidade” pela expressão “identificação”. Isso porque a única finalidade do ordenamento é auxiliar na identificação dos sujeitos para a formação de eventual relação jurídica

A jurisprudência brasileira também associa o direito fundamental à identidade meramente as tutelas de proteção equivalentes ao reconhecimento pessoal, conforme decisões dos Tribunais sobre o assunto:

Ementa: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. INEXISTÊNCIA. TERMOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE NÃO DIZEM RESPEITO À ACUSAÇÃO À QUAL RESPONDE O RECLAMANTE. DEPOIMENTOS nos termos do art. 7º da Lei 12.850/2013, regime esse que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter **nome**, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5º, II) e o de “**não ter sua identidade revelada** pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); (Rcl 22009 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. MORTE DA ADOTANTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO COM BASE NO ART. 267, IX, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PLEITO DA DEFENSORIA PÚBLICA CONSISTENTE NA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A MENOR. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE DA ADOLESCENTE. RELATIVIZAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS. CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. PREVALÊNCIA **DO DIREITO À IDENTIDADE**. ARTS. 1º, III, E 227, § 6º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO, E ART. 16, DO CÓDIGO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO. DECISÃO CASSADA. (TJ-RJ - AI: 752520098190000 RJ 0000075-25.2009.8.19.0000, Relator: DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES, Data de Julgamento: 04/08/2009, DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 04/09/2009).(Grifo nosso).

O direito à identidade engloba os direitos da personalidade assegurados pela Constituição Federal em que Maria Berenice Dias (2009, s/p): “considera o direito à identidade como um direito fundamental, mas, sobretudo, um direito de personalidade, da mesma que forma que o nome e as demais identificações da pessoa.

O intuito do estudo é considerar o direito à identidade como autônomo e independente, no qual, abrangeria vários outros direitos da personalidade. Alcançaremos o verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana quando fundamentarmos na relevância em conhecer o ser humano na sua individualidade e entendermos a importância de incentivar e colaborar com a autoconstrução do ser singular. Nos dizeres do autor italiano Perlingieri (1982, p. 147):

A natureza jurídica do direito à identidade no Brasil é a de direito fundamental, consagrado genuinamente a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, podendo se manifestar funcionalmente em diferentes categorias jurídicas, que a dogmática elaborou para classificar situações subjetivas patrimoniais, especialmente a do direito subjetivo. A utilização de apenas um único esquema de situação subjetiva, entretanto, é considerada inadequada e limitada frente à necessidade de se promover a integral tutela da pessoa humana, valor absoluto do ordenamento, pois pode significar diminuição em sua situação existencial, na medida em que os instrumentos jurídicos destinados às situações patrimoniais são incapazes de abarcar a dimensão do ser.

No campo da criança e do adolescente existe um compromisso global para efetivação das garantias fundamentais que assegura integralmente a proteção da identidade num cenário voltado ao respeito às diversidades, incentivo à inclusão social e o convívio com as diferenças.

O ECA, no artigo 17, expressamente menciona a preservação do direito ao respeito ligado também identidade da criança e do adolescente:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Ainda em relação ao respeito, Rossato, Lépore e Cunha (2016, p. 129) afirmam:

Todo ser humano tem direito ao respeito como forma de ser resguardada sua intimidade, sua identidade e valores. Contudo, em relação às crianças e adolescentes, esse direito surge potencializado, pois os danos que podem surgir em razão de sua inobservância são irreversíveis, acompanhando aquelas pessoas por toda a vida.

Assim, como todo o ordenamento jurídico brasileiro, a maioria dos autores e das decisões jurisprudenciais relacionadas à criança e o adolescente só mencionam os direitos relacionados à identidade física do menor. Destacando a proteção ao nome e à imagem, conforme decisões recentes proferidas pelos Tribunais pátrios:

O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). (RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004).

O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. (RE 628624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016)

Por não serem absolutos, a lei restringe o direito à informação e a vedação da censura para proteger a imagem e a dignidade das

crianças e dos adolescentes. 3. No caso, constatou-se afronta à dignidade das crianças com a veiculação de imagens contendo cenas de espancamento e tortura praticada por adulto contra infante. RECURSO ESPECIAL Nº 509.968 - SP (2003/0006951-7). RELATOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): 2012.(Grifos nossos)

O resguardo da identidade pessoal não se resume em nome, imagem e honra. Pelo contrário, abrange vários outros direitos para a pessoa em desenvolvimento, destacando a magnitude do incentivo de políticas que almejem o direito à identidade para que, em conjunto, se promova tutelas voltadas ao autoconhecimento e o respeito às diferenças. Considerando assim, cada ser único dentro de um ambiente social, conforme os ideais da quarta dimensão dos direitos, nos dizeres de Lorenzetti (1998, p. 154): O direito de ser diferente.

O primeiro ponto em relação a estabelecer uma identidade pessoal é levar em conta que cada criança tem uma personalidade heterogênea, que sofre influência direta da cultura onde vive, do sistema de governo adotado em seu país, os valores morais que lhe são espelhados e várias outras referências que podem moldar o perfil da pessoa em desenvolvimento. Após ponderar a personalidade de cada menor, se faz necessário para a composição da identidade pessoal o posicionamento interno e discricionário sobre a questão apresentada a fim de chegar a uma conclusão plausível com base nos traços de sua personalidade e, por último, como se exterioriza na sociedade a personalidade pessoal de cada sujeito com o seu juízo de valores, pois é no meio social que o indivíduo expressa a sua personalidade.

O direito à identidade plena do ser encontra amparo nos pilares da Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme determina a UNICEF:

Em 20 de Novembro de 1989, as Nações Unidas adoptaram por unanimidade a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), documento que enuncia um amplo conjunto de direitos fundamentais – os direitos civis e políticos, e também os direitos económicos, sociais e culturais – de todas as crianças, bem como as respectivas disposições para que sejam aplicados. [...] A Convenção assenta em quatro pilares

fundamentais que estão relacionados com todos os outros direitos das crianças:

- **a não discriminação**, que significa que todas as crianças têm o direito de desenvolver todo o seu potencial –todas as crianças, em todas as circunstâncias, em qualquer momento, em qualquer parte do mundo.
- **o interesse superior da criança** deve ser uma consideração prioritária em todas as ações e decisões que lhe digam respeito.
- **a sobrevivência e desenvolvimento** sublinha a importância vital da garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que as crianças possam desenvolver-se plenamente.
- **a opinião da criança** que significa que a voz das crianças deve ser ouvida e tida em conta em todos os assuntos que se relacionem com os seus direitos. (grifo do autor)

O primeiro pilar, “a não discriminação”, e o quarto pilar, “a opinião da criança” são estimulados no direito à identidade, especialmente, no sentido do menor desenvolver toda a sua potencialidade, interligado a liberdade de consciência e expressão da criança e do adolescente. A busca incessante por políticas afirmativas neste sentido é obrigação do ordenamento pátrio, uma vez que o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, instrumento de *hard law*., onde assumiu o dever de resguardar e efetivar todas as medidas necessárias para a proteção integral da pessoa em desenvolvimento. Neste sentido, ao julgar o crime de tortura, na época não tipificado no ordenamento pátrio, o STF, de forma emblemática confirmou o fiel compromisso com a comunidade internacional, nos dizeres da decisão:

O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal **que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão** (art. 227, caput, in fine). (STF - HC: 70389 SP, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 23/06/1994, Tribunal Pleno, Data de

Publicação: DJ 10-08-2001 PP-00003 EMENT VOL-02038-02 PP-00186). (grifo nosso)

Efetivar e assegurar o direito à identidade aos indivíduos, em especial a criança e ao adolescente, além de respeitar o norte constitucional da dignidade da pessoa humana, e de transcender os atributos da personalidade, traz consigo acoplado o direito ao respeito às diferenças, a diversidade, sem qualquer opressão física ou psicológica do seu próprio ser, a fim de tornar o menor mais preparado para viver no cenário atual da globalização.

Colaborar para que a pessoa em desenvolvimento reconheça sua própria identidade, suas aptidões físicas e psicológicas e incentivar políticas públicas voltadas a autoconstrução do seu verdadeiro ser, guardando sua singularidade, sem dúvidas, auxilia na formação de uma sociedade aberta a conviver e respeitar às diferenças. Relacionar-se com o dissemelhante vislumbra um mundo ideal, mais humano, diversificado, menos preconceituoso e discriminatório. Só dessa maneira, para de fato, atingir o pluralismo democrático e os anseios da comunidade internacional para o mundo olhar com carinho para as crianças, o futuro das próximas gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da criança e o adolescente como sujeitos de direito os asseguram, dentre várias garantias, o direito fundamental à convivência familiar, sendo no seio de sua família original ou, excepcionalmente, em família substituta. Contudo, a política pública do acolhimento institucional presta serviço de moradia temporária para a criança ou adolescente que tenha a convivência familiar suspensa, fornecendo educação, lazer, assistência psicológica, médica, dentre outras necessidades básicas que visem o bem-estar do menor acolhido.

Podemos dizer que o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, utilizadas quando esses direitos forem ameaçados ou violados, sempre respeitando os princípios da brevidade e da excepcionalidade previstos na Constituição Federal em consonância com a diretriz do melhor interesse da criança.

O nosso entendimento é que Plano Individual de Atendimento (PIA), é o instrumento interno, dentro do acolhimento institucional, que melhor capta a garantia fundamental à identidade do ser, referente as questões que envolvem a criança e o adolescente.

O PIA é um instrumento elaborado pela equipe técnica da unidade de atendimento, juntamente com toda a rede de proteção à infância e acompanhamento dos responsáveis, levando em consideração a opinião da pessoa em desenvolvimento. Inclusive, destina-se a apuração das necessidades pessoais de cada menor. Trata-se de uma estratégia projetada a detectar a personalidade do acolhido, ou seja, as suas singularidades, capacidade íntima, os talentos ocultos, as aptidões intelectuais, artísticas e profissionais, a última no caso dos adolescentes, e todos os demais aspectos imprescindíveis para a formação plena da personalidade da criança e do adolescente.

É primordial, no período pós moderno, mencionar o direito à identidade pessoal, principalmente, pela ligação direta com o mais importante

princípio que norteia as relações dos sujeitos de direitos: o da dignidade da pessoa humana. É a partir dele que se resulta os direitos inerentes a personalidade, tidos como direitos fundamentais pela comunidade internacional e, também, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, o intuito do trabalho foi analisar o direito à identidade pessoal (identidade do ser), proveniente da personalidade do ser humano, portanto, digno de receber o status de direito fundamental. Deixando de lado a visão patrimonialista da maioria dos doutrinadores e juristas brasileiros, que consideram o direito à identidade tão somente as características físicas para pura identificação do cidadão (nome e imagem), não vendo a identidade como direito autônomo que almeja a autoconstrução do ser em sua plenitude, dentro do pluralismo atual, interligado a inclusão social, e ao direito de poder ser diferente no meio social. Em adição, respeitar a identidade do ser e as diferenças, é denotar que nenhum ser humano é igual, amparando-se na diversidade.

Assim sendo, concluímos com o presente trabalho a magnitude do Estado, família e sociedade incentivarem políticas de autoconhecimento para a formação de uma identidade única, em especial, para as pessoas em desenvolvimento. Compreendemos que para a construção de indivíduos capazes de conviver em sociedade, que promovam valores humanos, dentro das diferenças globais, é necessário o estímulo ao autoconhecimento da identidade de cada ser, atribuindo status de direito fundamental à identidade, assim, acompanhando a ideologia da comunidade internacional presente na quarta dimensão de direitos humanos e nos pilares da Convenção sobre os Direitos da Criança, quais são: a não discriminação, o interesse superior da criança, a sobrevivência e desenvolvimento e a opinião da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Coleção Lei Especiais para Concursos, 3ª edição**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

BARROS, Guilherme de Melo, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Bahia, 2011 5ª ed., p. 149.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito à imagem. 3 ed.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.185.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição**, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Raraiva, 2007

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007** – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011: **Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 121.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Volume 1**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Constituição Da República Portuguesa Anotada**, 4.ª Edição, vol. I (Artigo 1.º a 107.º) (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 240

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

MACHADO, Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. pp. 108-109.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4º edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança e do adolescente no cenário internacional**. Vol 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAIS, M. S. “**Le meilleur intérêt de l’enfant**”, **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**, 1999. p. 537-550.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 1998-2009.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ ordinamento giuridico**, cit., p.174, 1982.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNICEF. Disponível em <<https://www.unicef.pt/artigo>>. Acesso em: dezembro 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8069/90 comentado artigo por artigo – 8. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.**

