

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JULIANA PREVIDI LEMOS

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR, E A VIOLÊNCIA INFANTIL

**CURITIBA
2009**

JULIANA PREVIDI LEMOS

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR, E A VIOLÊNCIA INFANTIL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Marcos Alves da Silva

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA PREVIDI LEMOS

O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR, E A VIOLÊNCIA INFANTIL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Dr. Marcos Alves da Silva

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de outubro de 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Mário Lemos e Silnei Previdi Lemos, por todos esses anos de amor, carinho e compreensão, pois sem eles não teria alcançado todas as minhas conquistas. Dedico também a minha irmã Mônica Previdi Lemos, e aos meus quatro avós, que também são pessoas importantes em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador professor Mestre Marcos Alves da Silva, por sanar minhas dúvidas sempre que necessário, por me motivar e acima de tudo me ajudar a concluir este trabalho.

A minha família e os meus amigos, que me ajudaram, me apoiaram e acima de tudo compreenderam cada momento de stress, e ausência em alguns momentos por causa deste trabalho.

A Deus, por todas as graças concedidas, por sua força e presença, e pelos momentos de aflição em que ele me acalmou.

“Não deixe que seu aprendizado o leve ao conhecimento; deixe que ele o leve à ação.”

(Rohn)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS ACERCA DO PODER FAMILIAR.....	10
2.1 PERFIL CONTEMPORÂNEO DO PODER FAMILIAR.....	10
2.2 LEGITIMIDADE E DEVERES DO PODER FAMILIAR.....	13
2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	19
3. PODER FAMILIAR E VIOLÊNCIA.....	26
3.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INFANTIL.....	26
3.2 ABUSO DO PODER FAMILIAR E SUA PERDA.....	30
3.3 CONTROLE ESTATAL NA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS.....	34
4. VIOLÊNCIA E PODER FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO TJPR.....	37
5. CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
ANEXOS.....	77

RESUMO

Este trabalho analisa a evolução do exercício do poder familiar e a violência infantil. Será mostrado como a sociedade e a justiça comportam-se quanto a estes assuntos. As perspectivas contemporâneas acerca do poder familiar nos mostrará o perfil, a legitimidade e os deveres do poder familiar, os princípios do direito de família e do Estatuto Criança e Adolescente.

A família amparada legalmente pelo código de 1916 era patriarcal e hierarquizada. O pai era o chefe da sociedade conjugal, e a esposa precisava de autorização do marido para praticar alguns dos atos da sociedade civil.

Na constituição Federal de 1988 encontramos legitimada a igualdade entre homens e mulheres no desempenho do poder familiar. Antes o poder era interpretado como autoridade dos pais tutores ou responsáveis. Atualmente o nome foi mudado para poder familiar e é visto como proteção para menores, valorizando o afeto entre seus membros. Encontramos no código civil atual e no ECA amparo legal para que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados.

Quando abordado o poder famílias e a violência discute-se sobre violência doméstica infantil, o abuso do poder familiar e sua perda e controle estatal na proteção das crianças.

O Estado sempre vai intervir quando o menor estiver em risco, pois são pessoas em desenvolvimento e necessitam de atenção especial, para crescerem e tornarem-se adultos conscientes e equilibrados. Quando o abuso ou a violência forem graves o poder familiar dos pais será retirado, pois sempre se buscará a efetivação do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, como veremos.

Palavras-chave: poder familiar, violência infantil, princípios do direito de família, intervenção estatal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico traz a análise da evolução do exercício do poder familiar e a violência infantil.

A família constituída conforme o Código Civil de 1916 era patriarcal. O pai era o centro da família, e o chefe da sociedade conjugal, a esposa e os filhos acatavam as decisões tomadas por ele sobre suas vidas particulares e sobre os bens da família.

A Constituição Federal de 1988 contemplou em seu art. 5º a igualdade entre homens e mulheres no desempenho do poder familiar. Seguindo-a, o Código Civil e o ECA elaboraram normas de proteção aos menores. Atualmente o poder familiar é visto como proteção para menores, valorizando, o afeto entre seus membros. Antes era chamado de pátrio poder e era interpretado como autoridade dos pais, tutores ou responsáveis.

A violência infantil na maioria das vezes é cometida pelos próprios pais ou seus companheiros, mas ela também pode vir de outros parentes ou pessoas próximas a família do menor. Quando a violência, o abuso ou a negligência ocorrem, e o Estado é informado, este toma as providencias necessárias para coibir os maus tratos. Se for o caso, ele afasta o poder familiar dos pais.

2. PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS ACERCA DO PODER FAMILIAR

2.1 PERFIL CONTEMPORÂNEO DO PODER FAMILIAR

A família constituída pelo Código Civil de 1.916 era patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. Isso significava que o pai era o centro da família, possuidor do patrimônio, quem decidia a vida dos familiares e empregados. A família do Código de 16 era parecida com a família romano-canônica, e essa forma existiu até o fim do século passado.¹

O Código determinava que o homem era o chefe da sociedade conjugal, desta forma determinando uma hierarquia familiar. Todas as decisões eram tomadas por ele, tanto as que diziam respeito a família, como em relação aos bens, inclusive os da esposa, que precisava de autorização dele para poder praticar alguns atos da vida civil.²

Ana Carolina Brochado Teixeira cita que:

A mulher estava totalmente à margem da direção da família, que era exercida exclusivamente pelo marido. Seu espaço era bastante restrito. Para comprovar tal afirmativa, basta citar que, com o casamento ela perdia o direito de administrar os bens próprios, não podia exercer profissão sem autorização previa do marido, além de se tornar relativamente incapaz com a contração de núpcias. Apenas com o advento do Estatuto da mulher casada é que ele passou a exercer algumas funções com a colaboração da esposa.³

¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20

² Ibidem. p. 21.

³ Ibidem. p. 22.

A esposa e os filhos tinham que obedecer ao pai, que era o chefe da família. O pátrio poder era exercido somente por ele, a esposa poderia até exercer, mas sempre de forma subsidiária, pois era sempre o homem que tomava as decisões em relação aos filhos. A esposa só poderia exercer o pátrio poder na falta ou impedimento do marido.⁴

O Estatuto da mulher dava direito à ela de exercer o pátrio poder junto ao marido, mas caso houvesse alguma divergência entre eles era sempre a vontade do marido que prevalecia, e a mãe só restava recorrer ao judiciário.⁵

Com o passar dos anos varias modificações ocorreram, contribuindo para que houvessem grandes mudanças no núcleo familiar. A doutrinadora Ana Carolina Brochado Teixeira aponta algumas destas transformações:

Muitos fenômenos contribuíram para uma nova arquitetura familiar no Século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento científico. Tudo isso possibilitou às pessoas assumirem novos papéis na dinâmica familiar, como compartilhar da função de promover as despesas da casa, pois a mulher também alocou-se no mercado de trabalho. Tal atitude impulsionou o homem a buscar o exercício de um papel ativo no âmbito doméstico, obrigando-o a rever seu antigo conceito de paternidade. A verticalidade das relações começa a ceder lugar à busca de uma horizontalidade que caracterizava a “família igualitária”.⁶

A Carta Magna de 1.988 em seu art. 5º, I, determinou a igualdade entre homens e mulheres. “Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação os filhos comuns”.⁷ O Estatuto da Criança e do Adolescente seguiu o pensamento da Constituição, e alterou o instituto do pátrio poder, que deixou de ser um sinônimo de dominação e passou a ter um sentido de

⁴ Ibidem. p. 22-23

⁵ Ibidem. p. 24

⁶ Ibidem. p. 27-28.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 382-283.

proteção, tendo menos direitos sobre os filhos e mais deveres e obrigações em relação a eles.

Ocorreu a despatrimonialização da família, passando a se valorizar o afeto entre os seus membros. Passou-se a valorizar a felicidade de cada indivíduo, assim comprometendo-se com os valores estabelecidos na Constituição Federal, e trouxe para o seu núcleo a solidariedade ao próximo.⁸

A Carta Magna instituiu uma família “funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros”.⁹ Protegendo cada membro como indivíduo e não a família como um todo, principalmente o menor que está se desenvolvendo e precisa de especial atenção, para que consiga crescer em ambiente saudável para quando tornar-se um adulto consiga direcionar sua vida da melhor forma possível.

A expressão poder familiar não agradou muito, mesmo tendo em vista acatar o princípio da isonomia, pois simplesmente retirou-se do pai e passou para o casal, mantendo-se o foco no poder.¹⁰

Conforme aduz Silvio Rodrigues: “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder representa obrigação dos pais, e não da família como o nome sugere”.¹¹

O termo que mais agrada os doutrinadores é autoridade parental, pois segundo eles mostra melhor as mudanças que ocorreram e a “consagração

⁸ Ibidem. p. 28.

⁹ Ibidem. p. 29

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 383

¹¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família, 355. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 383.

constitucional do princípio da proteção integral da criança e adolescente (CF 227)".¹²

Esta proteção condiciona o interesse dos pais ao interesse dos filhos.

Assim a nova concepção de poder familiar está ligada ao exercício conjunto dos pais nas decisões que dizem respeito aos filhos menores, sempre buscando o melhor para eles e tratando os pais de forma igualitária, não existindo hierarquia entre eles. E esta nova concepção também traz o indivíduo para o centro das relações familiares, se preocupando com cada pessoa como indivíduo e não na coletividade.

2.2 LEGITIMIDADE E DEVERES DO PODER FAMILIAR

Antes da Constituição Federal de 1.998 o poder familiar era chamado de pátrio poder, pois até este momento não havia a total igualdade entre homens e mulheres e a família ainda era a patriarcal. Devida as mudanças trazidas pela nova Carta Magna, o Código Civil de 2.002 mudou a expressão pátrio poder para poder familiar.

De acordo com Massimo Bianca

O poder familiar (potestà genitoria) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda aos poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses.¹³

¹² DIAS, Maria Berenice. Idem.

¹³ BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile: La Famiglia – Le Successione**. Milano: Giuffrè, 1.989.p.237. apud LOBO, Paulo Luiz. Do Poder Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 148. BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile: La Famiglia – Le Successione**. Milano: Giuffrè, 1.989.p.237.

Existem dois tipos de exercício do poder familiar: cada um dos pais pode agir de forma separada ou podem os dois agirem juntos, para a autora Denise Damo Comel “apenas como exceção conjuntamente, ou se parte da premissa de que toda ação deve, como norma, ser conjunta, mediante a ação simultânea de ambos, sendo a ação isolada uma exceção”.¹⁴

Parece que a opção adotada pelo nosso Código Civil é a do exercício do poder familiar em conjunto, este modelo também é o mais utilizado no Direito estrangeiro e predominante no Direito espanhol.¹⁵

A ação conjunta dos pais quer dizer que ambos participam do exercício do poder familiar, e um não age sem o consentimento do outro, os dois agem simultaneamente em relação a tudo que diz respeito ao filho. Este seria o modelo ideal de atuação do poder familiar, mas mesmo que os pais se esforcem muito, sabemos que isto é impossível, que está fora da realidade.¹⁶

Assim o poder familiar que é exercido em igualdade de condições, impõe outras formas de realizações, e estas formas devem ser flexíveis, para que possam dar certo, e atender as necessidades dos filhos.¹⁷

O art. 1.634 do Código Civil estabelece que *competete aos pais*, desta forma dando a entender que o exercício do poder familiar deverá ser desempenhado por ambos, não permitindo a exclusão de um deles. Portanto o CC prescreve que os dois genitores exerçam o poder familiar, mas em sentido amplo e não no sentido estrito.¹⁸

¹⁴ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 170.

¹⁵ Ibidem. p. 172.

¹⁶ Ibidem. p. 173.

¹⁷ Ibidem. p. 175.

¹⁸ Ibidem. p. 176.

Existe também o exercício compartilhado, de acordo com as dificuldades de se aplicar o exercício em conjunto, admite-se um modelo mais condescendente, em que possa atuar apenas um dos pais, com a anuência do outro. Aqui o que ocorre é que apenas um atua efetivamente, enquanto o outro atua concordando com a prática do ato, assim o progenitor ou a progenitora que praticam os atos relacionados ao menor, esta fazendo em nome dos dois.¹⁹

Em nosso Direito não existe em Lei uma forma definida de com deverá ser o exercício do poder familiar e o art. 1.634 do CC cita de forma genérica, desta forma presume-se que não é proibida esta forma de exercício, assim devendo ser sempre simultânea as decisões em relação ao menor.²⁰

Esta forma de desempenho do poder familiar é compatível com o princípio da isonomia, não discriminando nenhum dos pais e permitindo que qualquer um deles exerça seu dever de guarda do menor. E este é o modelo mais utilizado no exercício do poder familiar, pois sabemos que sempre é apenas um dos cônjuges que toma a frente das decisões do desempenho do poder familiar com o consentimento tácito outro.²¹

Outra forma de se exercer o poder familiar é a solidaria, a autora Denise Damo Comel cita De Plácido e Silva para definir o que é solidariedade.

O termo solidariedade, no sentido comum, traduz a noção de que é total, por inteiro, uma totalidade; revela-se numa mutualidade de interesse ou numa interdependência. Juridicamente, a solidariedade configura a consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação a fim de que somente se possa cumprir por inteiro ou *in solidum*. Por isso, vem assinalar o modo de ser de um direito, ou de uma obrigação, que não podem ser fracionados e devem ser sempre considerados na totalidade.²²

¹⁹ Ibidem. p. 178.

²⁰ Idem.

²¹ Ibidem. p. 179

²² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1.963.vol. IV. p. 1.476. apud. COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 190.

Conforme o pensamento do autor, esta forma de uso do poder familiar é quando cada um dos genitores irá desempenhar sozinho o poder familiar, independente da aceitação ou participação do outro, tendo em vista que é quem detém totalmente o poder de exercê-lo. Quem tem o poder é que vai responder totalmente pelos atos praticados em relação ao menor.²³

Este modo de poder familiar infringe o princípio da igualdade. Quando se reconheceu a igualdade entre os sexos, foi para que ambos atuassem juntos, principalmente nos assuntos relacionados à família. Esta igualdade existe para que os pais contribuam com o que tem de melhor para a educação e criação dos filhos. Assim este modelo não é muito aceito nem utilizado pelos pais.²⁴

Independente da forma que o poder familiar será exercido, alguns atos exigem a intervenção efetiva de ambos os pais. Independente da forma de que será exercido o poder familiar, deve-se exigir que ambos os pais atuem nos atos do poder familiar. Estes atos a princípio seriam as autorizações para viajar para o exterior, para adoção, para o matrimônio, a nomeação de tutor, e a emancipação.²⁵

Nestes casos a Lei exige que os pais atuem juntos, de comum acordo, pois são atos importantes na vida do menor. Isso afasta a possibilidade dos cônjuges divergirem em relação aos atos referentes ao menor. Em alguns casos em que os pais não estejam de acordo, é razoável a busca do judiciário para a resolução da questão.²⁶

Existe também o exercício exclusivo do poder familiar por um dos pais, essa possibilidade ocorre na falta, impedimento ou impossibilidade do outro. Esta modalidade de exercício não é normal, pois se concentra em apenas um dos pais,

²³ COMEL, Denise Damo. Idem.

²⁴ Ibidem. p. 191

²⁵ Ibidem. p. 195

²⁶ Ibidem. P. 195-196

que pratica os atos do poder familiar sem a intervenção do outro. Este não é um exercício subsidiário como era previsto no Código Civil de 1916, o que ocorre é a prática do poder familiar sem o consentimento do outro pai, que arca com todos as responsabilidades dos atos em relação ao menor.²⁷

Este tipo de exercício não fere o princípio da igualdade, pois ele ocorre nos casos em que o outro genitor está totalmente impossibilitado de participar da vida de seu filho. Os casos previstos pelo art. 1.633 do CC são os seguintes: interdição judicial, suspensão ou perda do poder familiar e falta de reconhecimento jurídico do filho e o falecimento de um dos cônjuges.²⁸

Outra forma do poder familiar ser praticado é o pacto entre os pais, que são acordos feitos entre os genitores, onde estabelecem como cada um irá agir, assim conferindo ou compartilhando as tarefas. Este modelo não é visto somente como o exercício do poder familiar, mas também como um modo de solucionar divergências.²⁹

Na nossa legislação são permitidos os pactos entre os cônjuges nas circunstâncias do art. 1.583 do CC que é a dissolução da sociedade ou do vínculo matrimonial pela separação judicial por comum acordo ou divórcio consensual. Desta forma os cônjuges podem acertar que os filhos irão ficar com um ou com outro, no caso de mais de um filho podem dividir os filhos, ou ainda determinar que o menor fique aos cuidados de terceiro, respondendo cada um pelo que se comprometeu.³⁰

²⁷ Ibidem. p. 197

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem. p. 204

³⁰ Ibidem. p. 205

De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo,

O poder familiar, é assim, entendido como uma consequência da parentalidade, e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Não é um poder discricionário, pois ao Estado reserva-se o controle sobre ele.³¹

O art. 1.634 do cc determina que:

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

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³²

Estes são alguns dos deveres dos pais, mas também existem outros que não estão neste rol, que é dar amor, carinho, atenção e afeto. Assim percebemos que o dever dos pais não é só material, mas também afetivo, que na verdade é isso que faz a ligação entre pais e filhos, fazendo com que tenham uma convivência familiar.

A Carta Magna e o ECA também possuem um rol de deveres intrínsecos aos pais perante os filhos, estes deveres encontram-se nos art. 227 e 229 da CF e art. 22 do ECA, desta forma somam-se todos os deveres.³³

³¹ LÔBO, Paulo Luiz. Do Poder Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 150.

³² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. institui o Código Civil. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2008.

³³ DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 388

Conforme o art. 1.630 do cc, *os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores*. Desta forma os pais são responsáveis por seus filhos e seus atos enquanto não atingirem a maioridade. Assim para Conrado Paulino da Rosa,

A responsabilidade dos pais é indireta, presumindo-se a culpa dos deveres de educação e “vigilância ativa”, que compreende a formação de hábitos e comportamentos adequados à convivência social do filho, especialmente na rua, onde se acha ausente a natural proteção dos genitores. Quando os atos danosos praticados pelos filhos decorrem da falta de estruturação familiar, cabe responsabilizar os pais.³⁴

Os pais sempre irão responder pelos atos dos filhos enquanto menores, pois o dever de guarda é deles, e enquanto não puderem responder sozinhos pelos seus atos seus pais é que responderão.

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Assim como todos os assuntos da vida das pessoas é regido pela Constituição Federal, o Direito de Família não foge a regra, e também é regido pela lei suprema e seus princípios.

Na elaboração da nova Constituição Federal de 1988, em seu capítulo VII e título VIII, foram inseridas regras e normas relacionadas ao Direito de Família. Estas regras e normas foram feitas para a proteção da família quanto dos filhos, e também para regular a estrutura deste instituto. Os princípios básicos e fundamentais do Direito de Família encontram-se nos art. 226 a 230 do diploma. Toda e qualquer

³⁴ ROSA, Conrado Paulino Da. **Danos Causados por filhos Menores. Responsabilidade dos Pais e a aplicabilidade da jurisprudência argentina no pátrio poder**, 54.

regra, norma ou lei relacionada à família deverá ser interpretada de acordo com a lei suprema, sob pena de nulidade da norma, pois quem rege o Direito é a Constituição Federal.

Para o Direito de Família não interessa somente o grupo familiar, mas também cada pessoa como indivíduo, e esta idéia de indivíduo interessa muito ao Direito de Família, pois apenas na família, ou através dela, que a pessoa consegue transformar-se em pessoa e se humanizar. “Não é possível existir sujeito sem que se tenha passado por uma família, e sem sujeito não há Direito, por isso a máxima, ‘família é a base da sociedade’.”³⁵

Conforme aduz Rodrigo da Cunha Pereira,

Por isso haverá sempre, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. Neste sentido é ela o núcleo básico, fundante e estruturante do sujeito.³⁶

Para o ordenamento jurídico não importa como a família é formada, mas sim se ela é um núcleo estruturante para tornar as pessoas um sujeito. “É o que verdadeiramente e aí está a essência da família”.³⁷ As várias maneiras de como as famílias vêm se formando, a princípio parece um pouco desorganizada e assustadora, mas é a pura realidade dos dias de hoje e as famílias estão se adaptando muito bem. As crianças que moram nas ruas reinventam suas famílias, escolhendo os lugares maternos e paternos.

De acordo com Lourival SEREJO, “para efeitos mais esclarecedores, enfatizamos que os princípios setoriais aplicáveis ao Direito de Família são aquelas orientações basilares que sustentam esse ramo do direito, conferindo-lhe a

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 195.

³⁶ Ibidem. p. 196

³⁷ Idem.

peculiaridade que o distingue dos outros. São orientações maiores que sustentam o Direito de Família, com força de norma”.³⁸

Falaremos sobre os princípios do Direito de Família e do ECA relacionados ao assunto tratado neste trabalho, que são: a dignidade da pessoa humana; melhor interesse da criança/adolescente e autonomia e menor intervenção estatal.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é com certeza o mais conhecido, e um dos mais importantes, pois no Direito atual o que importa, e o centro de tudo é o indivíduo, independente de ser um adulto ou uma criança, ela já possuiu seus direitos e deve ser protegida como qualquer outra pessoa, pois é frágil e necessita de cuidados.

O significado deste princípio é muito vasto, pois não se sabe ao certo qual é a sua exata definição, mas neste caso é a integral proteção da criança e do adolescente, “pois a medida que a constituição elevou-a a fundamento da República, a ordem jurídica fez uma opção expressa pela pessoa, funcionalizando todos os institutos à realização de sua personalidade”.³⁹ Assim a criação do ECA demonstra que realmente o foco do ordenamento jurídico é esta pessoa humana que está em desenvolvimento.

Segundo anota Rodrigo da Cunha Pereira, o princípio da dignidade humana é:

³⁸ SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 8.

³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v.1, n.1, p. 20, abr/jun. 1.999. p. 20.

Também a base de sustentação de todos. É mais que um princípio constitucional, uma vez que constitui em um imperativo ético para garantir a palavra de ordem da contemporaneidade: cidadania. É ele que entrelaçado, sustentando e sustentado por todos os outros princípios, vem impedir que a história das exclusões feitas através do Direito de Família se repita.⁴⁰

Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Este princípio está ligado diretamente as mudanças ocorridas na estrutura familiar nos últimos anos, que deixou de ser patrimonial e passou a ver cada indivíduo como ele, dando especial atenção a criança que está em desenvolvimento, assim tornando-se “*locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo”.⁴¹

Por meio destas mudanças, o menor se destaca no seio familiar, pois ainda não atingiu a maturidade necessária para direcionar sua vida. Assim, precisando dos pais ou de alguém que faça a vez deles, para que o menor encontre sua autonomia. Como as crianças e os adolescentes estão em fase de desenvolvimento e formação da personalidade são frágeis, assim devendo se preservados o máximo possível alcançando posição privilegiada no seio familiar.⁴²

“Nada melhor, para dar garantia jurídica a tais mudanças, do que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do adolescente, veiculador da Doutrina da Proteção Integral, que contém em seu bojo o Princípio da Paternidade Responsável”.⁴³

Assim como o Princípio da Dignidade, o Princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente não possui uma definição determinada, pois o melhor interesse do menor é muito relativo e amplo, assim é necessária a análise do caso

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. Cit., p. 197.

⁴¹ Ibidem.p. 127.

⁴² Idem.

⁴³ Ibidem. p.128.

concreto para poder definir qual o melhor interesse do menor, pois sem que os fatos ocorram é difícil definir tal princípio.

Este princípio está diretamente ligado com os direitos e garantias fundamentais dos menores. Os direitos fundamentais que a criança e o adolescente têm direito são os mesmos que os adultos, mas lhe são especialmente dirigidos. Ao garantir esses direitos se está atendendo o melhor interesse deles. Estes direitos fundamentais podem ser encontrados no art. 227 da Carta Magna de 1988. Em concordância com a Constituição Federal o ECA também determinou algumas normas que protegem nossas crianças e adolescentes, e estas normas encontram-se nos arts. 3º e 4º do Estatuto.⁴⁴

De acordo com o nosso doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira:

A consequência do reconhecimento de tais dispositivos como fonte de princípios é que eles informarão a interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem fonte de orientação das decisões judiciais a serem tomadas, em que envolvam crianças e adolescentes, sem olvidar da atividade legislativa, que também deve tê-los como seu norte hermenêutico.⁴⁵

Cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente é buscar uma boa formação moral, social e psíquica.

Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção do Estado

Os interesses da sociedade e do Estado na proteção da família são os mais importantes, desta forma, ficando difícil de estabelecer qual é o limite entre o público e o privado no direito de família.

⁴⁴ Ibidem. p. 129-130

⁴⁵ Ibidem. p. 131

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

As normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantes individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo. É certo que os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-lo.⁴⁶

A aplicação deste princípio diz respeito a autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, que não é o mais importante nos dias de hoje, pois o mais importante é o indivíduo e não o que ele possui.⁴⁷

No núcleo familiar são seus integrantes que estabelecem suas regras de convivência. Assim o Estado e a sociedade respeitam a unidade familiar do jeito que ela é e reconhecem cada pessoa como um indivíduo. A nova família valoriza muito mais o amor, a solidariedade e a cooperação entre eles, assim acabando com a hierarquização e igualando todos os seus membros, assim existindo uma autonomia de vontade que deverá ser respeitada pelo Estado.⁴⁸

Com este novo papel a família atual não permite mais a interferência do Estado, principalmente no que diz respeito a intimidade, assim ocorrendo a privatização das relações familiares, permitindo a mínima intervenção do Estado.⁴⁹

“A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.”⁵⁰

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito de Família**. Atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva 2.004, v.6, p.7. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo horizonte: Del Rey. 2005. p. 153.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Ibidem. p. 154.

⁴⁸ Ibidem. p. 155.

⁴⁹ Ibidem. p. 156-157.

⁵⁰ Ibidem. p. 157.

O maior desafio é conseguir fazer com que o direito à autonomia e à liberdade caminhem juntos, e se unam ao Estado para que este haja somente como protetor das famílias.⁵¹

⁵¹ Ibidem. p. 163.

3. PODER FAMILIAR E VIOLÊNCIA

3.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA INFANTIL

Infelizmente a violência doméstica infantil no Brasil é muito mais comum do que as pessoas podem imaginar, e não ocorre apenas nas classes mais baixas, ocorre também na classe média e alta, mas é muito mais comum na baixa. Quase que diariamente vemos nos noticiários notícia sobre a violência e o abuso infantil. Quando provocado o Estado intervém a favor do menor. Os maus tratos normalmente são cometidos pelos pais ou pelo companheiro (a) dos pais, pelos responsáveis ou algum outro membro próximo a família.

A violência infantil é quando os pais, responsáveis ou qualquer outro parente, por ação ou omissão causa algum tipo de mal, que pode ser sexual, físico ou psicológico ao menor.⁵²

Na violência domestica ocorre um abuso de poder, onde o mais forte, que é o adulto, violenta de várias maneiras o mais fraco, que sempre é o menor. O adulto, por ser uma pessoa completamente capaz e portadora de todas as suas faculdades mentais, que é o que se presume, deveria proteger e encher de cuidados o menor, mas isso nem sempre acontece. Quando este dever de proteção não é cumprido tem-se a pior forma de violência.⁵³

⁵² CUNHA, Maria Leonina Couto. Compreendendo o Fenômeno da Violência Doméstica Contra Crianças e adolescentes. **Curso de Capacitação no Enfrentamento à Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes**. Cecovi. p. 11.

⁵³ Ibidem. p. 15

Os agressores quando cometem a violência ali não vêem a criança ou o adolescente como uma pessoa que precisa de seus cuidados, mais sim como uma coisa que lhe pertence e que deverá obedecer a todas as suas vontades e ordens.⁵⁴

As principais causas da violência infantil são o alcoolismo, distúrbios psiquiátricos, distúrbios de comportamento e a desorganização familiar. A violência mais comum nos lares é a violência física, pois é muito utilizada para educar os filhos, mas algumas vezes os pais acabam se excedendo nessa “educação”, e muitas vezes provocam sérios ferimentos ou até mesmo a morte desta criança ou adolescente.⁵⁵

A violência que as crianças e os adolescentes sofrem é a maior causa da criminalidade cometida por eles, pois já restou comprovado que um menor que já sofreu qualquer tipo de violência, depois vem a ter um comportamento violento.⁵⁶

De acordo com o autor Guilherme Zanina Schelb:

Uma pesquisa realizada no Brasil com adolescentes violentos, autores de homicídios, estupros, e roubos, revelou que 80% foram vítimas de graves abusos físicos, sexuais, e psicológicos na infância ou adolescência. Além disso, em praticamente todas as famílias desses jovens constatou-se alcoolismo ou analfabetismo de pelo menos um dos responsáveis.⁵⁷

A melhor forma de se prevenir a violência é primeiro de tudo não praticá-la e se ela acaba ocorrendo é identificá-la de forma prematura, a partir da confirmação, deverá ocorrer a imediata intervenção, e a denúncia para o Conselho Tutelar, Juiz ou Promotor da Infância e Juventude.⁵⁸

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem. p. 28.

⁵⁶ SCHEL B,Guilherme Zanina. **Violência e Criminalidade Infanto-Juvenil.** Intervenções e Encaminhamentos. Brasília: Ed. do Autor, 2004. p. 11.

⁵⁷ Ibidem. p. 11-12.

⁵⁸ Ibidem. p. 12.

Quem descobre a violência ou o abuso e não denuncia o agressor acaba sendo conivente com os atos praticados por ele. Nas famílias de baixa renda e grande degradação moral as mães e madrastas chegam a culpar a própria filha ou enteada pelo abuso sexual sofrido, afirmando que foram elas que provocaram a agressão, por usar roupas provocantes ou por ter comportamento inadequado.⁵⁹

Os tipos de violência praticados contra os menores são o abuso físico, sexual, psicológico e negligência, embora esta última modalidade por alguns doutrinadores não ser considerada como uma forma de violência.

O abuso físico é quando de forma direta ou indireta, totalmente consciente e por vontade livre o adulto causa ferimentos ou sofrimentos físicos ao menor utilizando-se de sua força, mesmo que seja com a desculpa de educar o seu filho.⁶⁰

O abuso sexual:

É todo ato, jogo ou relação libidinosa, isto é, de natureza erótica, destinada a buscar o prazer sensual (com ou sem contato físico, com ou sem o emprego da força física), heterossexual ou homossexual, tendo como finalidade estimular sexualmente a criança ou adolescente ou utilizá-lo para obter estimulação sexual para si ou para outra pessoa.⁶¹

Nos crimes de abuso sexual a maioria dos autores são homens, mulheres dificilmente cometem este tipo de violência, mesmo que muitas vezes venham a ser coniventes ou partícipes.⁶²

O abuso psicológico é quando um adulto interfere sobre o menor de maneira negativa, com um comportamento destrutivo. Existem varias maneiras de abusar

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem. p. 13-14.

⁶¹ Ibidem. p. 15.

⁶² Ibidem. p. 23.

psicologicamente que é, rejeitar, isolar (impedir que a criança tenha contato com tudo), aterrorizar, e ignorar a criança ou o adolescente.⁶³

Quando médicos, professores ou policiais necessitam ter uma certa preparação para identificar os abusos ou violências, pois isso acontece na intimidade do lar, o que acaba por dificultar ou até mesmo impedir a obtenção das informações necessárias sobre o caso. Assim, não pode a polícia o MP e o juiz dependerem de autorização ou decisão da família dos agredidos para iniciarem uma investigação. Assim que houver indícios suficientes e seguros, para que o estudo social ou a denúncia sejam realizados, eles já poderão tomar as medidas judiciais necessárias para suspender a violência.⁶⁴

A maior dificuldade para o Estado não é punir reprimir quem cometeu violência contra o menor, mas sim protegê-los e preservá-los destas situações degradantes que o abuso provoca.⁶⁵

A prevenção dos abusos não ocorre somente para evitar que esta criança ou adolescente se torne uma pessoa violenta no futuro, mas é fazer com que ela não sofra mais nenhum tipo de violência. Esta medida é a prioridade das seguranças públicas, pois deve-se proteger o ser humano independente de sua idade, mas principalmente os menores, que são pessoas em desenvolvimento e necessitam de atenção especial.

⁶³ Ibidem. p. 17-18.

⁶⁴ Ibidem. p. 25.

⁶⁵ Ibidem. p. 46.

3.2 CAUSAS DE SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar é de responsabilidade dos pais, mas que sempre deve ocorrer de acordo com o melhor interesse do menor. “O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem”.⁶⁶ Desta forma, tendo o Direito de verificar se os pais estão cumprindo com seus deveres, tendo o direito de excluir ou suspender o poder familiar, caso esteja prejudicando a criança ou adolescente. A intervenção Estatal ocorre, quando ambos os pais ou apenas um deles esteja tendo atitudes que prejudiquem a integridade física ou psíquica dos menores.

A destituição do poder familiar e a suspensão são castigos aplicados ao pais que não cumprem com seus deveres perante seus filhos, não tem a intenção de punir, mas sim de preservar os interesses do menor, afastando-o de situações que possam prejudicar o seu desenvolvimento como pessoa. Tendo em vista os traumas que a extinção do poder familiar pode causar, ela só é aplicada em últimos casos, quando ficar com os pais é mais prejudicial do que ficar longe deles. Quando existe a possibilidade da criança ou adolescente retornar pra a família, aplica-se apenas a suspensão.⁶⁷

A Lei prescreve algumas causas de suspensão e extinção do poder familiar, mas de forma genérica, assim tendo o juiz a liberdade de avaliar o caso concreto e aplicar o afastamento temporário ou definitivo dos pais de acordo com a situação ocorrida.

⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família, 355. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 392.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. Ibidem. p. 392-393.

Suspensão

É a medida mais leve que o juiz determina de acordo com a situação do caso concreto, ela pode ser revista, e se houver cessado o perigo para o menor, este retorna para o convívio dos pais. Esta medida é opcional, caso o ocorrido não tenha sido tão grave, ou causado algum tipo de problema ao menor, esta poderá não ser aplicada. Ela poderá ocorrer em relação a todos os filhos, ou apenas um deles, ou ainda, a suspensão ocorre para afastar ambos os pais, ou um deles.⁶⁸

Para que ocorra a suspensão não é necessário que sua causa seja permanente, apenas a possibilidade de que possa ocorrer novamente, com perigo para a segurança do menor, já é motivo para a suspensão.⁶⁹

A doutrina aponta que o afastamento temporário pode ocorrer nos casos de abuso do poder familiar, existem também outras situações que encontram-se nos art. 1.637 do CC e art. 227 da CF. O fato dos pais não possuírem recursos financeiros não é motivo para que ocorra a suspensão ou até mesmo a perda do poder familiar.⁷⁰

Caso os pais sejam condenados em sentença transitada em julgado, e a pena não for superior a dois anos, não ocorrerá a suspensão poder familiar, se a pena for maior ela incidirá, mas após o cumprimento da pena os pais podem ter a suspensão revogada.⁷¹

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op. cit. p. 393.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. op. cit. p. 161.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op. cit. p. 393.

⁷¹ Ibidem. p. 394.

Extinção

A doutrina faz distinção entre a extinção e a perda do poder familiar. A perda “é uma sanção imposta por sentença judicial”⁷², e a extinção “ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.”⁷³ Em ambos os casos é perda definitiva do poder familiar. De acordo com o art. 1.635, CC o poder familiar extingue-se:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.⁷⁴

Além das hipóteses do art. 1.635, existem as do art. 1.638, que são muito mais graves, tais como, o abandono, o castigo imoderado, cometimento de crime doloso contra o filho ou que ele seja cúmplice, praticar atos contrários a moral e os bons costumes e não cumprir com os deveres próprios do poder familiar.⁷⁵

Parte da doutrina aponta a possibilidade da extinção ser revogada. Ela não deve ter caráter de afastamento definitivo ou a impossibilidade permanente dos pais reaverem seus filhos, pois o melhor interesse da criança é um princípio constitucional, assim sendo o que direciona a relação entre pais e filhos, não parece que esta seja a melhor solução, pois não atende ao melhor interesse do menor.⁷⁶

Um assunto que causa certa polêmica é o castigo imoderado, pois não existe uma definição concreta sobre o que exatamente ele seria, pois se vê muito na doutrina que qualquer tipo de violência física, mesmo que seja moderada, viola a

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Ibidem. p. 395.

integridade física da criança e do adolescente. Como o art. 1.638 do CC civil proíbe o castigo imoderado, presume-se que permite o moderado, mas essa permissão viola várias normas protetivas dos menores. As crianças e adolescentes também têm o direito fundamental de inviolabilidade da pessoa humana. A família tem o dever de proteger seus menores contra qualquer tipo de violência, mesmo o castigo físico moderado é considerado um tipo de violência. Desta forma, aos pais é proibido usar a violência física para disciplinar seus filhos.⁷⁷

Para que ocorra a suspensão ou a destituição do poder familiar é preciso provocação do judiciário, pois sem isso ele não poderá agir em benefício do menor. Quem pode entrar com essa ação é um dos pais em face do outro. O Ministério Público pode agir em face aos dois genitores ou apenas um deles, nesta ocasião não é preciso nomear curador. O conselho tutelar pode informar ao MP sobre o abuso do poder familiar, mas não possui legitimidade para intentar com a ação, mas qualquer parente do menor possui esta legitimidade.⁷⁸

Se o menor estiver sob a guarda de algum parente a competência será das varas de família, mas se este menor não estiver seguro a competência passa a ser da vara da infância e da juventude. Dependendo do grau de perigo que o menor esteja correndo, poderá o juiz deferir liminar ou incidental do poder familiar. Depois de decretada a suspensão ou extinção do poder familiar ela será registrada na certidão de nascimento da criança ou adolescente.⁷⁹

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. op. cit. p. 162.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. op. cit. p. 395.

⁷⁹ Ibidem. p. 396-396.

3.3 CONTROLE ESTATAL NA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

A responsabilidade de cuidar dos filhos é sempre dos pais, mas quando estes não cumprem corretamente seus deveres ou abusam da autoridade parental o Estado deve intervir para proteger o menor que muitas vezes é indefeso, pois está em fase de desenvolvimento. Após o advento da Constituição Federal de 1.988 os menores tornaram-se o centro das relações familiares, e devem ser sempre protegidos. O ECA e o Código Civil possuem normas que possibilitam a intervenção estatal.⁸⁰

A Carta Magna determinou as diretrizes para que sejam assegurados os direitos fundamentais e a proteção a qualquer tipo de violência contra os menores, pelos pais, sociedade e Estado.⁸¹

A educação e a criação dos menores são de inteira responsabilidade dos genitores, mas existem políticas públicas que auxiliam nas tarefas dos genitores. De acordo com o jurista Marcos Alves da Silva:

A demonstrar esse campo de interseção estão as linhas de ação da referida política. A título de exemplo podem ser mencionadas: “proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente”, “serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão”.⁸²

Caso o poder familiar não esteja atendendo o interesse do menor, poderá o Estado intervir, por meio do Poder Judiciário, que poderá limitá-lo parcial ou totalmente conforme o caso. A competência para intervir nas relações de família é

⁸⁰ SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137-138.

⁸¹ Ibidem. p. 138.

⁸² Ibidem. p. 142.

da Justiça Estadual que se divide em Varas da Infância e Juventude e Varas da Família. Conforme dito anteriormente será de competência da Vara da Infância e Juventude se o menor estiver em situação de risco, se não estiver em situação de risco, a competência será da Vara de Família.

Quem tem competência para promover as ações de investigação em relação ao poder familiar, além dos pais e familiares é o Ministério Público, segundo a doutrinadora Ana Florinda Dantas:

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público tem a função institucional de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais cabíveis, podendo-se afirmar que no Brasil o Ministério Público é um dos mais importantes bastiões de defesa desses direitos e garantias.⁸³

Deverá o MP participar obrigatoriamente nas ações onde estejam sendo discutidos os abusos do poder familiar, seja como parte ou como fiscal da Lei. E conforme estabelece o art. 141 do ECA, as crianças tem o direito de ter acesso ao MP, mesmo que não seja através de seus genitores.⁸⁴

Uma inovação que o ECA promoveu foi a instituição dos Conselhos Tutelares, que tem o objetivo de atender as crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco, podendo tomar decisões que protejam os menores da forma que achar mais adequada, podendo ainda tomar medidas direcionadas aos genitores ou responsáveis.⁸⁵

O Conselho Tutelar não possui competência jurídica apenas administrativa, desta forma não tendo caráter punitivo, apenas protetivo. Se por ventura as medidas

⁸³ DANTAS, Ana Florinda. Comentários In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família: O Controle Judicial do Poder Familiar Quanto à Pessoa do Filho**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.134.

⁸⁴ Ibidem. p. 134-135.

⁸⁵ SILVA, Marcos Alves. Ibidem. p. 144

estabelecidas pelo Conselho não forem cumpridas, este deverá informar ao Ministério Público ou o Poder Judiciário, que tomarão as medidas necessárias.⁸⁶

As decisões tomadas pelo Conselho não podem ser revogadas por instâncias administrativas, somente pelo poder judiciário, caso aconteça divergência entre os pais ou responsáveis e o Conselho Tutelar, será resolvido pelo juiz, desde que a parte interessada promova a ação.⁸⁷

Caso ocorra algum abuso do poder familiar, um dos pais ou responsáveis deverá propor ação para que o Estado possa intervir em benefício do menor por meio do Ministério Público ou do Poder Judiciário, e muitas vezes isso ocorre com a ajuda dos Conselhos Tutelares, que trabalham efetivamente nas comunidades.

⁸⁶ Ibidem. p.146-147.

⁸⁷ Ibidem. p. 147.

4. VIOLÊNCIA E PODER FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO TJPR

Infelizmente no judiciário existem muitos processos em trâmite que analisam os casos concretos para decidirem se os pais devem ou não permanecerem com a guarda de seus filhos, e outros que demonstram que não são apenas os pais que cometem violência contra menores. Abaixo seguem alguns Acórdãos com diferentes casos de violência ou negligência em relação aos menores, assim podemos ter uma noção melhor dos tipos de violência ou negligência que ocorrem e quem as pratica.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 428.046-2 – COMARCA DE FORMOSA DO OESTE.

APELANTE: M.A.S.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ.

INTERESSADA: M.L.S.

RELATOR: Des. MENDONÇA DE ANUNCIAÇÃO.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA – DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – GENITORA QUE ABANDONOU A FILHA RECÉM NASCIDA EM MEIO A UMA PLANTAÇÃO DE SOJA, NA VÉSPERA DO FERIADO NATALINO – LAUDO PSICOLÓGICO DESFAVORÁVEL, APRESENTADO PELO CONSELHO TUTELAR NO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - SUPOSTO CONFLITO DE INTERESSES – CONSELHEIRA

QUE TERIA MANIFESTADO A INTENÇÃO DE ADOTAR A CRIANÇA – RELEVÂNCIA QUE SE LIMITA A QUESTÃO DA GUARDA E RESPONSABILIDADE SOBRE A MENOR – DESTITUIÇÃO QUE CONSIDEROU O CONJUNTO DOS FATOS, E NÃO OPINIÃO ISOLADA CONTIDA NO ESTUDO SOCIAL – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

O fato de pessoa integrante do Conselho Tutelar pretender a adoção de criança abandonada, não implica nulidade da sentença que decretou a perda do poder familiar, se não foi o único elemento a lastrear a motivação da sentença.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL Nº 428.046-2**, da 1ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é apelante **M.A.S**, apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, e interessada **M.L.S**.

Volta-se o recurso contra sentença que julgou procedente o pedido inicial, em **Ação de Destituição do Poder Familiar**, em que é autor **MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ** e ré **M.A.S**, declarando a menor **M.L.S** em situação de risco social e destituindo a ré do poder familiar, para o fim de aplicar a medida específica de proteção e colocação em família substituta.

Em sua irresignação, alega a recorrente que os testemunhos requeridos pelo Ministério Público, da psicóloga e da conselheira tutelar, não poderiam ser considerados.

Aduz que a conselheira tutelar seria parte interessada no caso, pois teria manifestado interesse em adotar a criança após a destituição do poder familiar.

Já a psicóloga seria amiga íntima da conselheira, tendo interesse em prejudicar a recorrente, conforme se perceberia dos laudos produzidos.

Argumenta que as testemunhas por ela arroladas teriam demonstrado sua condição em sustentar a menor, já que comprovam ser mãe atenciosa e carinhosa para seus outros dois filhos.

Requer seja reformada a sentença que a destituiu do poder familiar da menor **M.L.S.**, e pede o benefício da gratuidade judicial.

Recebido e contra-arrazado o recurso (fl.178), subiram os autos para apreciação da Corte.

Manifestou-se a ilustrada Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 188/198).

V O T O.

É importante ressaltar que, nas ações envolvendo poder familiar, assoma o princípio da **proteção integral**, devendo-se sempre levar em conta o melhor interesse da criança.

Análise mais apurada dos autos evidencia a grande comoção gerada pelo caso na sociedade local.

Se a uma das Conselheiras tem interesse em adotar a criança, como acentua a apelante, pode não ser totalmente descartável sua isenção de ânimo ao atuar no presente caso.

Entretanto, como bem ponderou a ilustrada Procuradoria de Justiça, a Dr.^a Juíza de Direito ***“...levou em consideração a conjuntura dos fatos e não depoimentos isolados”*** (fl.194).

Com efeito, não se pode imprimir a pecha de parcialidade aos profissionais integrantes do Departamento de Assistência Social e da Secretaria de Saúde do Município de Nova Aurora, simplesmente lastreado no fato de uma pessoa indiretamente ligada a esses órgãos ter externado interesse em garantir os cuidados da menor.

Independente da comoção social ocasionada pelo episódio, e das alegações no sentido de que a apelante nunca descurou dos outros dois filhos, resta evidente que ela não mais detém condições morais para exercer a maternidade em relação a **M.L.**

O que deve ser levado em conta, como novamente bem ressaltou a Procuradoria de Justiça, é que ***“...não resta dúvida que a requerida, de forma criminosa, renunciou à filha, abdicando do dever de mantê-la em sua companhia e guarda, de conduzir a sua criação, para lançá-la ao abandono no iminente risco e caminho da morte. A crueza e perversidade dos contornos da cena bizarra de uma criança nua, enrolada em meio a um saco plástico, misturada em meio à terra, sob sol escaldante, em pleno feriado Natalino, dificilmente será esquecida por todos os participantes e autoridades oficiantes nesse processo; enfim, pela comunidade do Município de Nova Aurora/PR”*** (fls.194/195).

Ademais, decretada a perda do poder familiar, a Conselheira só poderá ser contemplada com a adoção se passar pelo crivo legal, que envolve amplo estudo

social e psicológico, que, então, deverá ser procedido por profissionais que não tenham vínculo com o Conselho Tutelar.

Em face do exposto, **ACORDAM** os Desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por **unanimidade** de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto.

Participaram do Julgamento os Desembargadores **MÁRIO RAU** e **ERACLÉS MESSIAS**.⁸⁸

Curitiba, 10 de dezembro de 2007

Des. MENDONÇA DE ANUNCIAÇÃO

Presidente e Relator

APELANTE: V.S.C.P.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO.

RELATOR: DES. MARQUES CURY.

REVISORA: DES^a. SONIA REGINA DE CASTRO.

⁸⁸ BRASIL Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível – direito de família – destituição do poder familiar – genitora que abandonou a filha recém nascida em meio a uma plantação de soja, na véspera do feriado natalino – laudo psicológico desfavorável, apresentado pelo conselho tutelar no pedido de providências - suposto conflito de interesses – conselheira que teria manifestado a intenção de adotar a criança – relevância que se limita a questão da guarda e responsabilidade sobre a menor – destituição que considerou o conjunto dos fatos, e não opinião isolada contida no estudo social – Sentença Mantida - Recurso não Provido. Apelação Cível Nº 428.046-2. M.A.S e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. MENDONÇA DE ANUNCIAÇÃO.

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME DE ESTUPRO CONSUMADO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA AGRAVADO PELA COABITAÇÃO DOMÉSTICA COM A VÍTIMA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DO CRIME NA FORMA TENTADA. NÃO ACOLHIMENTO. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA COM PROVA TÉCNICA INDICA O DELITO NA FORMA CONSUMADA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA FIXADA. ALEGAÇÃO DE “BIS IN IDEM” ENTRE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE E AGRAVANTE DE COABITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENA AUMENTADA POR RAZÕES DIFERENTES. CULPABILIDADE NEGATIVA EM RAZÃO DO PARENTESCO COM A VÍTIMA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE POR CAUSA DA COABITAÇÃO DOMÉSTICA DO RÉU COM A OFENDIDA. ANSEIO PELA MODIFICAÇÃO DO REGIME INTEGRAL PARA INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 11.464/2007 PREVÊ REGIME INICIAL FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em que pese a necessidade de receber o testemunho infantil com cautelas, tal depoimento vale como importante elemento de prova para os crimes praticados às ocultas quando corroborado com a prova pericial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº. 511.327-3 de Cascavel – 2ª Vara Criminal, em que é apelante V.S.C.P e apelado o Ministério Público.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cascavel, julgou parcialmente procedente a inicial acusatória e condenou o réu V.S.C.Paula, como incurso nas sanções do artigo 213, na forma do art. 224 'a', do Código Penal, aplicando-lhe a pena definitiva de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão em regime integralmente fechado.

Os fatos que originaram a denúncia estão descritos na fl. 02 e 03 do caderno processual:

1º Fato:

“Em data não precisada nos autos, mas sabendo-se que sendo no final do mês de março de 2.000, no período noturno, no interior da residência situada na Rua Serra dos Andes, nº 515, Bairro Periolo, nesta cidade e comarca, o denunciado V.S.C.P, aproveitando-se de sua superioridade física e da ingenuidade de sua sobrinha G.P.C, com apenas 09 anos de idade à época dos fatos (cfr. Certidão de Nascimento de fls. 08), constrangeu-a à prática de conjunção carnal, mediante violência presumida e grave ameaça.”

2º Fato:

“Em data de 19 de junho de 2.000, por volta das 24:00 horas, no interior da residência situada na Rua Serra dos Andes, nº 515, Bairro Periolo, nesta cidade comarca, o denunciado

V.S.C.P, aproveitando-se de sua superioridade física e da ingenuidade de sua sobrinha G.P.C, com apenas 09 anos de idade à época dos fatos (cfr. Certidão de Nascimento de fls. 08), constrangeu-a à prática de conjunção carnal, mediante violência presumida e grave ameaça.”

Inconformado, o réu *V.S.C.P* interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da r. sentença para o fim de reconhecer o delito na sua modalidade tentada, bem como objetivando a redução da pena fixada e pela correção do regime de integral para inicial fechado.

O representante do Ministério Público de primeiro grau de jurisdição apresentou contra-razões ao recurso manejado, requerendo a parcial procedência do apelo para o fim de corrigir o regime inicial de cumprimento da pena.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou no mesmo sentido.
É o relatório.

A defesa do réu *V.S.C.P* interpôs recurso atacando a r. sentença de primeiro grau que o condenou a 07 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão em regime integralmente fechado pela prática do crime de estupro consumado com violência presumida contra sua sobrinha G. de 12 (doze) anos de idade na época dos fatos.

As razões recursais apontam (três) pontos da r. sentença monocrática passíveis de reforma.

Neste escólio se insurgem contra:

1) a condenação pelo delito na forma consumada, aduzindo que o crime não chegou a se consumar;

2) a presença do “bis in idem” entre a circunstância judicial da culpabilidade considerada negativa juntamente com a agravante do art. 61, inciso II “f” do Código Penal, sustentando o uso do mesmo fato para considerar acentuada a culpabilidade do crime e para agravar a sanção privativa de liberdade, salientando ainda a exagerada elevação da reprimenda corporal na 1ª fase de fixação da pena;

3) o regime integral fechado de cumprimento da pena, guerreando a modificação para inicial fechado conforme disposto nas modificações da Lei nº 8.092/90 trazidas pela Lei nº 11.464/2007.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal, passamos para a análise do mérito.

Quanto ao inconformismo aventado com relação a condenação pelo crime de estupro na forma consumada, tenho que não assiste razão a defesa.

Em que pese o esforço do digno defensor de demonstrar o contrário, além do depoimento da vítima indicar o acontecimento do crime na forma consumada, o laudo pericial de fl. 13 indica para a mesma direção, respondendo expressamente que houve conjunção carnal.

O recorrente, por seu turno, aponta em seu favor as contradições existentes nos relatos da vítima entre as fases inquisitorial e judicial da persecução penal. Nesta linha, enfatiza que o juízo “a quo” chegou a absolver o acusado pelo Fato 1 da denúncia, tendo em vista as distorções existentes na palavra da ofendida.

Mesmo sendo correto admitir que a palavra da vítima no processo examinado não é irrepreensível, no que concerne ao Fato 2 da inicial acusatória, verifica-se a existência de uma seqüência harmônica e lógica de provas suficientes para fundamentar o édito condenatório, senão vejamos.

Nesse teor, a mãe da menor G., M.C.P, prestou esclarecimentos na fase inquisitorial afirmando: “que diz que estava desconfiada de que alguma coisa estava acontecendo coma vítima, então colocou a sua outra filha de sete anos por dormir nos pés da vítima e com a desculpa de olhar a menor foi até o quarto onde a vítima dormia, que a declarante diz quando chegou lá deu de cara com a vítima e indiciado deitados na cama que o indiciado dormia no chão, que a declarante diz que perguntou para a vítima o que estava fazendo ali essa ficou olhando para a declarante e que a declarante diz que então perguntou para o indiciado o que estava fazendo que o indiciado então cobriu-se todo e ficou bem quietinho(...)”

Em juízo ratificou complementemente sua versão dos fatos, sendo que seu marido, A.C. ainda acrescentou (fls.72/73) “que não tinha inimizade como réu antes dos fatos; o relacionamento entre o réu e G. era de tio e sobrinha que o relacionamento entre M. e V. era bom; G. disse que a primeira vez foi com V.; **a G. me falou que o V. introduziu o pênis da vagina dela**” (grifo nosso)

Ainda sobre os fatos, a vítima G., afirmou na delegacia (fl.07) “que foi por volta da meia noite, e que a declarante estava só de blusa e o indiciado só de calção quando a mãe da declarante chegou no quarto viu mas declarante não se recorda a reação de sua mãe e esclarece que neste momento o indiciado já havia mantido relação com a declarante.”

Já em juízo, apresentou para o acontecimento versão coerente com a da fase policial alegando “que por volta das duas da manhã aconteceu a terceira vez; ele abaixou minha calcinha e colocou o pênis dentro de minha vagina; doeu um pouco, mas não vi se sangrou; não senti líquido dentro da minha vagina; não contei para minha mãe sobre às vezes anterior, pois se contasse o V. disse que ia me matar;

minha mãe entrou no quarto na terceira vez, acendeu a luz e viu eu deitada com o Vanderlei e perguntou o que eu estava fazendo ali.”

Desse modo, em que pese existirem significativas contradições a respeito do fato delituoso nº 1 narrado na denúncia, o qual inclusive logrou na absolvição do réu, com relação ao segundo ilícito penal descrito na exordial acusatória a narrativa da ofendida é harmônica e coesa, sendo corroborada ainda pela prova técnica, todos esses elementos apontando para o estupro consumado.

Dessa feita imperiosa a condenação. Ademais, a jurisprudência vem entendendo que a simples introdução parcial do pênis já consuma o fato punível de estupro, além da credibilidade já consagrada à palavra da vítima quando em consonâncias com outros elementos de prova:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A PRÁTICA DELITIVA. DELITO CONSUMADO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DE QUE A INTRODUÇÃO PARCIAL DO PÊNIS GERA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO 4º FATO NARRADO NA DENÚNCIA. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "Em sede de crimes sexuais os quais costumam ocorrer na clandestinidade, a palavra da vítima ganha especial relevo, principalmente se confirmada pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal." "O estupro consuma-se com a imissio penis

in vaginam. Basta uma introdução parcial (que torne possível a cópula) e não é necessário o orgasmo ou a ejaculação. Não se faz mister o acabamento da cópula, com a imissio seminis. (Ap. Cr. nº 503.255-7, rel. des^a Maria José Teixeira, j. 21.08.2008)

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. **PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS.** RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Nos crimes contra os costumes, via de regra praticados às ocultas, a palavra da vítima, se firme e coerente, reveste-se de especial valor probatório, mormente quando corroborada por outros elementos de convicção, gerados na prova dos autos. (grifo nosso) (Ap. Cr. nº 528.919-2, rel. Maria José Teixeira, j. 27.11.2008)

Do mesmo teor, o Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. 1. **Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa**

de autoria (grifo nosso). (RHC 79788 / MG - MINAS GERAIS

RECURSO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. NELSON JOBIM

Julgamento: 02/05/2000)

Posto isso, comprovada a consumação do delito por intermédio do relato da ofendida amparado pelo depoimento das outras testemunhas e pela prova pericial, o édito condenatório deve ser mantido, restando inviável a aplicação do art. 14, II, do Código Penal.

Passamos ao estudo refere à análise da pena-base fixada para o réu na fase no art. 59 do Código Penal.

Em primeiro lugar, quanto a possível presença de “bis in idem” relativamente às circunstâncias do crime do art. 59 do Código Penal e a agravante de coabitação com a vítima, verifica-se a ausência da dupla punição pleiteada pelas razões de apelação.

A questão já havia sido sepultada com destreza pelo douto Procurador de Justiça em seu parecer de fl. 172, no qual assinalou: “ Cabe ressaltar que não ocorreu na hipótese o alegado “bis in idem”, visto que na primeira fase da dosimetria penal a reprimenda foi elevada pelo fato do réu ser tio da ofendida e com ela conviver, expondo-a humilhação pelo ocorrido. Já na segunda fase o aumento se deu ao fato do apelante ter se aproveitado da circunstância de conviver com a vítima na mesma residência para consumir o delito”. (artigo 61, inciso II, “f” do Código Penal)

Contudo, resta afastada a ocorrência do “bis in idem”, levando-se em conta que os motivos para aumento da pena foram diferentes já que, na primeira fase, a culpabilidade do réu se mostrou acentuada porque abusou da própria sobrinha e na

2ª fase, a pena foi agravada pela coabitação do ofensor na mesma residência da ofendida, o que por lógico, foi imprescindível para o sucesso da empreitada criminosa.

No que se refere ao exagero da elevação da pena-base, o apelante argumenta que só teve a circunstância judicial da culpabilidade considerada em seu desfavor e mesmo assim recebeu aumento de 1 (um) ano da pena na primeira fase do critério trifásico.

Todavia, ao verificar a redação da sentença monocrática, percebe-se que na realidade, conforme a redação do juízo sentenciante (fl.118) “deve-se o aumento às conseqüências do crime bem como à culpabilidade do agente”.

Assim sendo, caracterizado a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (e não apenas uma como argumentado pela defesa), o aumento em 1(um) ano para injusto penal de estupro, o qual tem a pena variando entre 6 (seis) e 10 (dez) anos, é proporcional e razoável, não merecendo reparos a r. sentença nesse ponto.

Nesse seara, outro acórdão do e. Tribunal de Justiça:

ESTUPRO - NULIDADE DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA -
INVERSÃO DA ORDEM PRECONIZADA PELO ARTIGO 68
DO CÓDIGO PENAL - ADEQUAÇÃO - PENA BASE FIXADA
ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA CULPABILIDADE
E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO - REQUERIMENTO
DO RÉU OBJETIVANDO O JULGAMENTO DO APELO EM
LIBERDADE - PEDIDO PREJUDICADO - RECURSO
IMPROVIDO.

1. Não é plausível a nulidade da sentença de primeira instância, pela inversão na aplicação do critério de dosimetria da pena, tendo em vista que o magistrado respeitou a primeira fase do sistema, individualizando e motivando cada circunstância judicial prevista no art. 59, do Estatuto Repressivo, bem como assim o fez com relação a pena definitiva, apenas invertendo a ordem das circunstâncias legais, cabendo a este Tribunal a devida adequação.
2. **A sentença que fixou a pena base acima do mínimo legal, embora primário o recorrente, encontra-se correta e bem fundamentada em decorrência da culpabilidade do agente e das consequências do delito para a vítima.** (grifo nosso)(Ap. Cr. nº0171483-6, rel. juiz convocado Rubens Oliveira Fontoura j. 16.08.2001)

Por fim, quanto ao pleito de modificação do regime de cumprimento de pena para inicial fechado, desnecessário tecer maiores comentários a respeito do tema.

Em sessão realizada no dia 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* nº 82.959, reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que instituía o cumprimento da pena de crimes hediondos em regime integralmente fechado.

A vedação de progressão de regime constitui uma medida por demais cruel e pungente ao apenado, apresentando afronta à norma constitucional que preconiza o princípio da individualização da pena assegurado pelo artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Para adequar o entendimento acolhido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 11.464/2007 veio a modificar o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos prevendo o regime inicial fechado para essa modalidade de crimes.

Dessa feita, o réu faz jus a modificação do regime integral para inicial fechado, tendo direito de progredir quando satisfeitos os requisitos legais, cabendo ao juízo da execução analisar a plausibilidade do benefício no momento oportuno. Ante o exposto, voto pelo parcial provimento do apelo, para alterar o regime. De resto, a sentença monocrática deve permanecer incólume em todos os seus termos.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.

O julgamento foi presidido por este Relator, e dele participou a Desembargadora Sonia Regina de Castro e o Desembargador Rogério Kanayama.⁸⁹

Curitiba, 12 de fevereiro de 2009.

Marques Cury

Relator

⁸⁹ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação criminal. Sentença condenatória. Crime de estupro consumado com violência presumida agravado pela coabitação doméstica com a vítima. Recurso da defesa. Pleito pelo reconhecimento do crime na forma tentada. Não acolhimento. Palavra da vítima corroborada com prova técnica indica o delito na forma consumada. Pedido de redução da pena fixada. Alegação de “bis in idem” entre circunstância judicial da culpabilidade e agravante de coabitação. Inocorrência. Pena aumentada por razões diferentes. Culpabilidade negativa em razão do parentesco com a vítima. Aplicação da agravante por causa da coabitação doméstica do réu com a ofendida. Anseio pela modificação do regime integral para inicial fechado. Possibilidade. LEI nº 11.464/2007 prevê regime inicial fechado para crimes hediondos. recurso parcialmente provido. Apelação Criminal nº. 511.327-3. **V.S.C.P.** e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Marques Cury.

VARA ÚNICA

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

APELANTE : V.M.

RELATOR : DES. JOSÉ CICHOCKI NETO

APELAÇÃO CÍVEL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – SENTENÇA NO SENTIDO DE DESCONSTITUIR PODER FAMILIAR – PRESEÇA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA NEGADO PROVIMENTO.

A perda do poder familiar possui um caráter protetório do menor e não punitivo aos pais.

A decisão de destituição do poder familiar consiste na conduta omissiva dos genitores diante de suas obrigações elencadas no art. 22 do ECA e no art. 1.634 do CC.

Toda criança tem direito a ser criada e educado no seio da sua família, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 497918-0, de Paranaity - Vara Única, em que é **Apelante** V.M. e **Apelado** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ.

I – Trata-se de apelação cível interposta contra sentença (fls. 117/129) exarada pela MM^a Juíza de Direito da Comarca de Paranaity que, em autos de Destituição de Poder Familiar (nº 142/2007), julgou procedente o pedido inicial, decretando a perda do pátrio poder dos réus V.M. e C.G. sobre sua filha A.C.G.M, com fundamento no art. 24 do ECA e art. 1638 do CC, mantendo a criança abrigada.

Decidiu dessa forma, haja vista que a menor em questão estaria sendo negligenciada pelos pais, sendo colocada constantemente em risco, não recebendo os mínimos cuidados necessários à sua sobrevivência e desenvolvimento. A avó, para a qual foi dada a guarda, demonstrou não possuir condições de cuidar da criança, nem evitar que os pais continuem a colocá-la em risco. A ré, mesmo citada deixou transcorrer o prazo sem apresentar contestação. Já o réu contestou o pedido afirmando possuir condições de exercer o poder familiar e que a criança deve ficar aos cuidados da avó. Antes de analisar o mérito, a magistrada alertou das diversas tentativas para que a criança permanecesse com os pais. Que os relatórios são contundentes quanto a impossibilidade dos requeridos permanecerem com o poder familiar. Transcreveu, ainda, depoimentos testemunhais, os quais revelam a falta de preparo do casal. Disse que o réu ao depor, responsabilizou a mãe da criança pelos fatos, porém, mantém relacionamento com a mesma que está grávida novamente. A juíza, em face de todos os aspectos, entendeu restarem caracterizados o abandono material, moral e intelectual da criança por parte dos pais, voltados ao vício e prática de crimes. Determinou a expedição do mandado de averbação com a devida inscrição da menor no livro de registro de adotandos.

Inconformado o réu apela. Afirma que nada foi provado que desabone sua conduta. Que, como acentuado na contestação, a avó paterna possui plenas condições de arcar com a guarda da menor. Que a suspensão do poder familiar é

medida extrema. Alega que a avó tem capacidade emocional e material podendo substituir a mãe, dando à neta toda assistência necessária. Ainda, aduz que quem causa problemas é a mãe biológica da criança conforme comprova relatório de ocorrência de fls. 26.

Requer, ao final, a reforma da sentença confirmando-se a destituição pretendida unicamente com relação à mãe, determinando-se o retorno da guarda à avó paterna (fls. 140/150).

Em contra-razões de fls. 154/164, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo, mantendo-se intacta a sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial conhecimento (não se conhecer da parte a respeito da guarda para a avó) e na parte conhecida, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II – Dos Pressupostos de admissibilidade

Requer o apelante a devolução da guarda de seu filho à avó paterna, por entender estar apta nos aspectos físicos, econômicos e psíquicos para arcar com a guarda da neta. No entanto carece de amparo legal para este fim, pois é inadmissível, pleitear guarda em favor de terceiro. Cabe à interessada (avó) intentar o remédio processual adequado, não sendo o postulante legitimado para este fim. No tocante à desconstituição do poder familiar, atende a todos os pressupostos de admissibilidade, pelo que dou parcial conhecimento ao presente recurso.

III – Mérito

Trata-se de apelação cível em face da r. sentença de fls. 117/129 dos autos nº 142/2007 da Comarca de Paranaity proferido pelo douto Juízo da Vara da Infância e da Juventude, que julgou procedente o pedido do Ministério Público no sentido de desconstituir o pátrio poder do apelante e da sua convivente C.G. em relação à filha A.C.G.M.

Inconformado, aduz que: a) não restou comprovada qualquer situação que justificasse a destituição; b) somente ser cabida destituição à genitora pelos fatos e documentos apensados aos autos; c) ser a suspensão do poder familiar medida extrema. Assevera pela procedência do recurso.

Mesmo diante das fortes alegações, não há como prosperar. Os fatos carreados aos autos são suficientemente contundentes para o juízo de cognição.

Trata-se de desconstituição do poder familiar, com previsão no art. 24 do ECA e 1.635, V, do Código Civil vigente. Cabe ao julgador munir-se de subsídios manifestos ao pronunciar-se neste sentido, devendo sempre ser tutelado o interesse do menor, sua formação, seu caráter mesmo que, em algumas circunstâncias, em detrimento dos pais. A perda do poder familiar possui um caráter protetório do menor e não punitivo aos pais, deve estar em acordo com as regras do ECA em combinação com o CC. Assim, incide a decisão de destituição do pátrio poder na conduta omissiva dos genitores diante de suas obrigações elencadas no art. 22 do ECA e no art. 1.634 do CC, devendo os genitores amoldarem a uma ou mais hipóteses do art. 1.638 CC.

Acertada a decisão de fls. 117/129 que desconstituiu o poder familiar, pois inequívocas as negligências e omissões por parte dos genitores, não obstante

manifestação do apelante em sentido contrário nas fls. 14 e 131/132 onde requer sua manutenção. Os documentos carreados aos autos são contundentes neste sentido.

A simples alegação do apelante de ser capaz de educar sua filha, não o qualifica para tal. A juntada de abaixo assinado para que seja mantida a guarda de sua filha (fls. 62/64), e visitas ao abrigo levando brinquedos e frutas, não elide o fato de ser este ébrio contumaz e drogado, possuir temperamento agressivo e conduta totalmente reprovável socialmente. Ser pai é mais do que gerar um filho, mais do que transmitir seus genes para a posteridade, antes é uma missão de ensinar seus filhos a serem melhores, e melhores que nós mesmos. Fazer um mundo melhor, mais humano, mais justo. Cada atitude é mais do que um simples falar, é uma lição de vida, de carinho e de amor.

Diferentemente o que se observa no presente caso, quando o apelante, em seu depoimento de fls. 84, confessa que *“era viciado em bebida, mas desde que a filha foi para Casa Lar o depoente parou de beber”*, e continua que *“quando conversou com a Juíza parou de usar drogas”*, mas se contradiz ao afirmar *“Não ter cumprido a promessa feita ao Juiz e ao Promotor de não beber”*. Confessa também sua desavenças com a mãe da infante e que mesmo não aprovando as atitudes de sua parceira em relação à filha, permanece mantendo relações com ela.

O art. 19 do ECA estatui que toda criança tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. O mesmo diploma legal, em seu art. 22 preconiza que cabe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Infelizmente não tem sido esta realidade vivida pela menor A.C., como se observa no depoimento de A.C., policial militar que rebate os argumentos alegados pelo apelante quanto ao fato do recorrente ter se livrado das

drogas e álcool, relatando comportamento diverso. Em seu depoimento de fls. 85 declara que *“quase todos os dias os requeridos se encontram embriagados pelas ruas da cidade. Que acredita que ambos os requeridos também usam drogas”* e continua *“Que mesmo após o abrigamento da criança os requeridos continuam a manter relacionamento e se envolverem em diversas ocorrências de furto, brigas e embriaguez”*.

Neste mesmo sentido o policial civil W.H., consignou em seu testemunho que *“C. já esfaqueou V. e V. já bateu várias vezes em C.”*, provando seu temperamento hostil e relacionamento conturbado. Que com relação à criança, *“já viu C. com a criança embriagada no colo sendo necessário tirar a criança da mesma para protegê-la, bem como já viu os requeridos C. e V., empurrando o carrinho com a criança pelas ruas da cidade embriagados e sob os efeitos da droga. Que diversas vezes os requeridos se envolvem em confusões na cidade. Que depois do abrigamento da criança os requeridos continuaram a se apresentar embriagados na cidade e a brigarem”* (fls. 86).

Já a conselheira tutelar M.S.L., em seu depoimento de fls. 87 relatou os maus tratos e as condições insalubres vividas pela infante. Que *“receberam diversas denúncias de que a criança A.C. estava junto com os pais pela cidade os quais se apresentavam embriagados e deixavam a criança no sol, sem tomar banho, sem ser trocada e sem alimentação correta, esquecendo dos horários da mesma. Que todas as vezes que receberam a denúncia verificaram a veracidade dos fatos. Que orientavam o casal, mas os mesmos continuavam a não cuidar bem da criança e se apresentavam embriagados e também brigavam muito entre si”*.

O mesmo acontecendo com sua colega Sra. R.J.R.S., declarando que *“quando a criança nasceu desde as primeiras semanas os requeridos vinham para a cidade de*

manhã e várias vezes se embriagavam e ficavam perambulando com a criança em um carrinho, sendo que esta criança estava assada e sem tomar banho muitas vezes. Que os requeridos foram orientados diversas vezes para mudar de comportamento porque se não poderiam perder a filha, mas quando bebiam praticavam de novo tais fatos.” “Que os requeridos continuaram a beber mesmo após o abrigo e o requerido não compareceu ao Conselho Tutelar para se submeter a tratamento de desintoxicação conforme prometido” (fls. 88).

Tão pouco a mãe do apelante, Sra. M.A.P.S.L., ao prestar informações ao juízo, ratificou o uso de álcool e drogas pelo filho. Nas (fls. 89) informou que “os requeridos ingerem bebidas alcoólicas” e que “tem conhecimento que o requerido usa drogas” e que “começou a usar drogas apenas quando tinha mais de dezoito anos, mas já bebia quando era adolescente”.

Somados a isso, ambos, apelante e ré, possuem vários antecedentes criminais conforme certidões de fls. 95/96 e 97/98.

Patente a situação de abandono em que se encontrava a criança, lançada à própria sorte sem qualquer oportunidade de sobrevivência digna por parte dos pais. Destarte, voto no sentido de manter a r. decisão exarada às fls. 117/129 desconstituindo o poder familiar, dando-lhe parcial conhecimento e na parte conhecida, desprovimento do recurso.

IV - DECISÃO:

Pelo exposto, **acordam** os Desembargadores integrantes da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por *unanimidade* de votos, em conhecer em parte do recurso, negando-lhe provimento.

Participaram da sessão e acompanharam o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores IVAN BORTOLETO, Presidente, e CLAYTON CAMARGO.⁹⁰

Curitiba, 17 de setembro de 2008

Des. JOSÉ CICHOCKI NETO

Relator

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 483448-4 DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE APUCARANA

APELANTE: S.M. – ré presa

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATOR: DES. JORGE WAGIH MASSAD

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, COM ABUSO DO PODER FAMILIAR – PRELIMINARES DE NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE – AUSÊNCIA DE PROVA – NÃO OCORRÊNCIA, NA HIPÓTESE – CONTINUIDADE DELITIVA – AUSÊNCIA DE PROVA - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE –

⁹⁰ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível – estatuto da criança e do adolescente – sentença no sentido de desconstituir poder familiar – preceito Dos elementos necessários - sentença mantida – recurso conhecido em parte e na parte conhecida NEGADO provimento. Apelação Cível nº 497918-0. **V.M.** e Ministério Público Do Paraná. Relator: José Cichocki Neto.

INDEFERIMENTO – MOTIVAÇÃO ADEQUADA – RECURSO
CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não padece de qualquer irregularidade a prova obtida a partir de escutas telefônicas devidamente autorizadas pela autoridade judicial e realizadas em estrita consonância com o regramento da Lei 9.296/96.

É de prevalecer a condenação da agente pelo delito de tráfico ilícito de drogas, se devidamente descritas a autoria e a materialidade do delito, inclusive quanto ao uso ostensivo do filho adolescente - para lograr êxito nas transações -, hipótese que impõe a incidência do artigo 40, II da Lei 11.343/06.

Não havendo prova segura da continuidade delitiva com relação ao delito, de rigor o afastamento da ficção jurídica do artigo 71 e seguintes do Código Penal.

O envolvimento do filho adolescente na traficância de drogas vincula, como efeito da condenação, a destituição do poder familiar, nos termos do artigo 92, II do Código Penal.

A motivação adequada acerca da presença dos requisitos indicadores da custódia preventiva afasta qualquer pretensão ao direito de apelar em liberdade.

Apelação conhecida e parcialmente provida.

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação criminal deduzido contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Apucarana.

S.M. foi condenada à pena de 14 (quatroze) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 1.593 (hum mil quinhentos e noventa e três) dias-multa, por conta da acusação de tráfico ilícito de drogas, no desempenho do poder familiar, artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, II, ambos da Lei 11.343/06.

Consta de síntese não literal da denúncia:

“Em data e horário não especificados nos autos, porém certamente no período de 15.03.2007 a 05.06.2007, nesta cidade e Comarca, a denunciada S.M., consciente da ilicitude de sua conduta, mediante continuidade delitiva, adquiriu substância entorpecente conhecida como ‘crack’, visando o tráfico de drogas. Segundo apurado, a substância entorpecente por várias vezes foi adquirida da pessoa ainda não identificada conhecida como ‘Polaco’, a qual reiteradamente forneceu droga para a denunciada.

Consta, ademais, que após a aquisição da droga, a denunciada S.M. vendia a substância entorpecente a terceiros, também mediante continuidade delitiva, sendo que, a venda normalmente era realizada por seu filho menor de nome J.C., o qual tinha a incumbência de entregar a droga aos usuários, após os pedidos realizados usualmente através de telefone,

oportunidade em que era combinado previamente o valor da substância entorpecente.

Tais negociações ficaram evidentes através do monitoramento telefônico realizado (telefone nº 043 9912 1099, IMEI 358061006152560, IMEI 359402001220500), autorizado por este Juízo, conforme expediente em anexo, constando todas as negociações realizadas pela denunciada S. e também por seu filho J., o qual tinha a plena anuência do comércio ilícito realizado da denunciada, eis que a droga comercializada era repassada por esta.

De tal sorte, conforme consta do Relatório de Monitoramento Telefônico – da Agência Local de Inteligência – 10 º BPM – e de acordo com anotações do monitor referente ao celular usado pela denunciada S.M., restou evidente que esta, em várias oportunidades, mediante continuidade delitiva, adquiria, vendia, ou fornecia drogas a terceiros, isto é, visando o tráfico de drogas, a substância entorpecente conhecida como 'crack', a qual determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Portaria nº 344/98 da Divisão de Medicamentos – DIMED, restando tais negociações evidenciadas nas conversas monitoradas, constantes dos relatórios em anexo (Relatórios com anotações do monitor e Relatório de Monitoramento de S.M., SMP 043 9912 1099,

IMEI 358061006152560, IMEI 359402001220500, com respectivos CDs), dentre as quais as seguintes: (...)

Consta, ademais, que a denunciada S.M. praticou o crime de tráfico de substância entorpecente envolvendo seu filho adolescente J.C., de apenas 16 anos de idade, sendo tal situação confirmada com a abordagem do usuário J.C.F, em data de 01.06.2007, o qual se encontrava com quatro porções de substância entorpecente conhecida como 'crack', conforme se depreende do Boletim de Ocorrência de nº 2007.402955, em anexo, droga esta vendida anteriormente pelo adolescente J.C., pelo valor de R\$ 40,00 (quarenta reais), a qual determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Portaria nº 344/98 da Divisão de Medicamentos – DIMED.

Importante frisar que conforme relatório de monitoramento já mencionado, a droga vendida por J.C. era adquirida pela denunciada S.M., que posteriormente a repassava a seu filho, para revenda a terceiros, situação esta que findou clara nas conversas monitoradas, tanto que, o acerto de contas referente a drogas sempre era realizado com a denunciada e não com o filho adolescente.”

A defesa externa seu inconformismo na alegação preliminar de nulidade em suposta interceptação telefônica, realizada em desconformidade com o regramento que cuida da matéria.

No mérito, defende a insuficiência de provas que autorizem a condenação.

Por fim, reclama a redução da pena, ao alegar que não incidiria, na hipótese, a causa especial de aumento de pena do artigo 40 inciso II da citada Lei 11.343/06. Fls. 221/259.

Contra-razões, às fls. 371/381, pelo desprovimento do recurso.

O culto Procurador de Justiça que exara o parecer de fls. 459/469 conclui que a hipótese é de desprovimento do apelo manejado pela defesa.

Em síntese, é o relatório.

II – VOTO

Entendo que recurso deve ser conhecido e provido, em parte. Passo a motivar meu convencimento.

Preliminarmente, não vislumbro qualquer irregularidade na produção das escutas telefônicas que delinearam a autoria do delito de tráfico ilícito de drogas, imputado à apelante.

Com efeito, toda a investigação se deu mediante autorização judicial, sob a luz da Lei 9.296/96.

Nem mesmo o fato de as transcrições terem sido efetuadas por policiais envolvidos na operação macula a robustez probatória que restou apresentada ao crivo do julgador.

Penso que, na hipótese, o entendimento de emprestar força probante aos depoimentos de policiais - nada obstante a condição profissional - é semelhante no tocante à produção de provas.

De todo o material coligido nos autos, se denota a atuação incisiva da apelante, seja no trato recebimento de drogas, seja quanto a encomendas que se fizessem necessárias.

Ademais, é de se reconhecer que todo o material gravado foi corroborado pela própria apelante que – salvo breves lapsos – confirmou os contatos e conversas interceptadas.

Nem mesmo a menção - feita no extenso arrazoadado -, acerca de suposta necessidade de perícia para se identificar a voz gravada, me parece relevante.

Volto a ressaltar, a apelante confessou todo o *modus operandi*, inclusive relacionando no que consistia a atuação de seu filho adolescente, razão pela qual tenho as escutas muito mais como elemento adicional de convicção, do que propriamente prova principal do delito de tráfico ilícito de drogas a demandar maiores questionamentos.

Também improcedente é a alegação de ausência de laudo toxicológico, pois, como a própria apelante admitiu, não guardava consigo qualquer quantidade de droga. Tudo o que não era vendido retornava à pessoa citada nas conversas como sendo 'Polaco'.

Tenho que, do ponto de vista de preliminares ao mérito, nada há a ser reparado na escorreita instrução criminal que culminou no decreto penal condenatório.

Já avançando, entendo necessária a abordagem acerca da materialidade do delito.

Registro que, em princípio, me preocupou, inclusive, a prova da materialidade, pois, como já mencionado, nenhuma quantidade de droga for apreendida em poder da apelante.

Todavia, consta dos autos a apreensão de certa quantidade de 'crack', em poder de J.C.F, adquirida junto ao filho da apelante.

O filho, J.C., por sua vez, relatou com detalhes que fez a entrega da droga mercenciada por sua mãe, o que faz da substância apreendida, a meu ver, prova suficiente da materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas. Fls. 98.

Superada a materialidade – que, diga-se, também encontra elementos de definição nos demais documentos juntados aos autos – a autoria é certa, inclusive porque a apelante confessou, com riqueza de detalhes, como atuava no comércio ilícito de drogas. Fls. 398/423.

Tenho que não se pode pleitear a absolvição, com base em suposta insuficiência de provas, se dos autos se têm com absoluta segurança, prova da autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas, e a correspondente relação com a pessoa da apelante.

Assim, o mérito da condenação me parece indiscutivelmente acertado.

Adentrando a fase de fixação da pena, cumpre primeiramente referendar a valoração da pena-base, das circunstâncias legais e do aumento decorrente do envolvimento – por intermédio da apelante -, de seu filho adolescente, o que indica o acerto da majoração da pena, bem como o efeito de perda do poder familiar, previsto no artigo 92, II do Código Penal.

Todavia, divirjo da incidência da continuidade delitiva, à hipótese.

A meu ver, não existe prova segura da materialidade de outros delitos de tráfico, a não ser o que embasa a denúncia.

Indícios, vários.

Todavia, não entendo prudente considerar várias ações como efetivamente caracterizadoras do tráfico ilícito de drogas, se tais ações não contam com substrato

de prova da materialidade, como a que resultou na apreensão de droga em poder do usuário J.C.F.

É certo que existem indícios de que a conduta não foi um ato isolado, mas daí a se enquadrar o delito de tráfico ilícito de drogas na hipótese de continuidade delitiva, soa-me temerário.

Entendo que a conduta se enquadra, muito mais, à hipótese de habitualidade do que à continuidade delitiva.

Em suma, tenho por frágil a conclusão de que o delito se deu, comprovadamente, em continuidade delitiva.

Entendo os indícios obtidos nas escutas muito mais como elementos de convicção da prática do delito de tráfico ilícito de drogas, pela apelante. Mas não há como precisar que tal se deu por reiteradas vezes, sob pena de provocar julgamento calcado em presunções de que a conduta se deu em conformidade com o artigo 71 e seguintes do Código Penal.

Cito precedentes que enfrentaram o tema:

“CRIMINAL. RECURSO DE APELAÇÃO. TRÁFICO DE 'DROGAS' AGRAVADO PELO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE (ARTS. 33, CAPUT, C.C ART. 40, INC. VI, AMBOS DA LEI 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU ALMEJANDO ALTERNATIVAMENTE, A ABSOLVIÇÃO (ART. 386, VI, DO CPP) OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA 'USO DE DROGAS' E A REDUÇÃO DA PENA. PROVAS INEQUÍVOCAS DEMONSTRANDO A CONFIGURAÇÃO DO CRIME E DA SUA

CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CARGA PENAL. **PENA BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO EM FACE DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO REDUZIDA PARA O PATAMAR MÍNIMO, POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E EXCLUSÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DO APENAMENTO.**RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”

(TJPR - 3ª Câmara Criminal - AC 0437014-9 - Morretes - Rel.: Desª Sonia Regina de Castro - Unânime - J. 29.05.2008) – destaquei.

“RECURSOS DE APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE - AUSÊNCIA DE PROVA DO MOMENTO DA TRAFICÂNCIA - IRRELEVÂNCIA, NA ESPÉCIE - PALAVRA DOS POLICIAIS - CONSISTENTE CONJUNTO PROBATÓRIO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADAS - CONDENAÇÃO ACERTADA - DOSIMETRIA DA PENA - EXACERBAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA, NO CASO - CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO - ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO - QUESTÃO DIVERGENTE - **CONTINUIDADE DELITIVA - INAPLICABILIDADE, NA HIPÓTESE** - RECURSOS NÃO PROVIDOS. O tipo penal contido no art. 33, caput da Lei 11.343/06, é crime permanente,

de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova do exato momento da traficância. O depoimento prestado por policiais pode configurar prova contra o acusado, sendo plenamente cabível sua utilização na formação do convencimento do julgador, sobretudo quando em consonância com o restante das evidências colhidas na persecução criminal. O consistente conjunto probatório que claramente evidencia a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de drogas reveste de acerto a condenação imposta. "A dosimetria da pena realizada dentro dos parâmetros legais, pelos quais foi possível a fixação acima do mínimo, não ofende direito do apenado." (STJ - HC 44.363/RJ, DJ 26.09.2005). As circunstâncias atenuantes caracterizam-se como direito subjetivo do acusado ao decréscimo da pena, sempre que presentes quaisquer das hipóteses do artigo 65, incisos I a III do Código Penal. Questão divergente. **A habitualidade não pode ser confundida com continuidade delitiva, pois nesta, a sucessão de crimes é circunstancial, enquanto que naquela a reiteração de condutas reflete a atividade criminosa como modus vivendi do agente.** Apelações conhecida e não providas." (TJPR - 5ª Câmara Criminal - AC 0450597-1 - Porecatu - Rel.: Des. Jorge Wagih Massad - Unânime - J. 28.02.2008).

“TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CRACK - PROVA BASTANTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - APLICAÇÃO DA PENA - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - CONTINUIDADE - REGIME PRISIONAL MODIFICADO - PERDIMENTO DE BENS MANTIDO - VALOR UNITÁRIO DO DIA-MULTA - CORREÇÃO DE OFÍCIO - APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Comprovado o depósito e a comercialização de substância entorpecente (crack), configura-se o crime de tráfico (artigo 12, da Lei nº 6.368/76). Para o crime de associação para o tráfico, delito autônomo e de natureza permanente, basta apenas a comprovação do vínculo associativo estável e habitual para fins de traficância de drogas entre dois ou mais agentes, como no caso. Na aplicação da atenuante da confissão, a redução da pena deve ser eficaz, sob pena de restar inócua. **Não estando presentes os requisitos exigidos no artigo 71, do Código Penal, não se configura a continuidade delitiva, mas sim habitualidade criminosa.** Não prevalece mais a determinação legal de imposição do regime integral fechado para o crime de tráfico, porquanto se admite a progressão do regime prisional. O valor unitário do dia-multa deve ser fixado nos termos do artigo 38, da Lei nº 6.368/76. Estando comprovado ter sido obtido o dinheiro e a utilização da motocicleta na atividade criminosa, mantém-se o perdimento decretado na sentença. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - AC 0415240-5 - Apucarana -

Rel.: Des. Rogério Coelho - Unânime - J. 07.02.2008) – destaquei.

Assim, proponho o afastamento da continuidade delitiva à hipótese, por dúvida que se deva resolver em favor da agente, razão pela qual a redução da pena implicaria no montante, em definitivo, de **08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão**, em regime inicialmente fechado, além de **773 (setecentos e setenta e três) dias-multa**, nos parâmetros já traçados na respeitável sentença.

Mantenho, ainda, os demais efeitos da condenação, inclusive o que consta do artigo 92, II do Código Penal.

Por fim, entendo irretocável a decisão que indeferiu, à apelante, o direito de apelar em liberdade.

A meu ver, a douta Magistrada sentenciante lançou mão de argumentação suficiente, no sentido de salvaguardar a efetiva aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso, apenas no que toca à redução da pena imposta.

É como decido.

III – DECISÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento os Juízes Convocados Raul Vaz da Silva Portugal e Rogério Etzel.⁹¹

Curitiba, 19 de fevereiro de 2009.

JORGE WAGIH MASSAD

Relator

⁹¹ BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de apelação criminal – tráfico ilícito de drogas, com abuso do poder familiar – preliminares de nulidade – não ocorrência, na espécie – ausência de prova – não ocorrência, na hipótese – continuidade delitiva – ausência de prova - direito de apelar em liberdade – indeferimento – motivação adequada – recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação Criminal nº 483448-4. M.S e Ministério Público do Paraná. Relator: Jorge Wagih Massad.

5. CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho infelizmente constatamos que o número de crianças e adolescentes que sofrem violência é alarmante, e o mais grave é que na maioria das vezes o abuso é praticado por um parente próximo, pelo companheiro ou companheira dos pais ou responsáveis, que são pessoas que deveriam garantir o bem estar e a proteção dos menores.

Com frequência vemos nos noticiários agressões contra os menores, quando informado o Estado toma as providências necessárias para coibir a violência e proteger o menor que não tem condições de se proteger sozinho, e quando necessário afasta a criança ou o adolescente do convívio familiar, dependendo de quem foi o agressor.

O número de denúncias contra a violência infantil no Brasil vem aumentando, isso é bom, pois mostra que as pessoas estão tomando atitude e se preocupando mais com o bem estar das crianças e adolescentes, assim deixando de ser conivente com o agressor. Pois também existem casos em que se culpa o menor pela violência que sofreram, e com essas denúncias percebe-se que isso está mudando.

Quanto mais as pessoas denunciarem mais o Estado poderá fazer por estas crianças, assim evitando o pior e evitando que tornem-se adultos violentos e pratiquem violência contra outros menores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 497918-0. **V.M.** e Ministério Público Do Paraná. Relator: José Cichocki Neto.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Criminal nº. 511.327-3. **V.S.C.P.** e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Marques Cury.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação Criminal nº 483448-4. M.S e Ministério Público do Paraná. Relator: Jorge Wagih Massad.

BRASIL Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível Nº 428.046-2. M.A.S e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Mendonça de Anunciação.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. institui o Código Civil. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Maria Leonina Couto. Compreendendo o Fenômeno da Violência Doméstica Contra Crianças e adolescentes. **Curso de Capacitação no Enfrentamento à Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescentes**. Cecovi.

DANTAS, Ana Florinda. Comentários In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas Atuais de Direito e Processo de Família: O Controle Judicial do Poder Familiar Quanto à Pessoa do Filho**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOBO, Paulo Luiz. Do Poder Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARIZ, Renata. **Brasileiro Perde o Medo de Denunciar**. In: Diário de Pernambuco. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/2009/02/15/brasil2_0.asp> Acesso em: 14 agosto 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHELBO,Guilherme Zanina. **Violência e Criminalidade Infanto-Juvenil**. Intervenções e Encaminhamentos. Brasília: Ed. do Autor, 2004.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v.1, n.1, p. 20, abr/jun. 1.999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANEXOS

1. REPORTAGEM SOBRE DENÚNCIA DE VIOLÊNCIA INFANTIL

Brasileiro perde o medo de denunciar

VIOLÊNCIA // Registro de casos de abuso e exploração sexual infantil e juvenil cresceu 30% no país de acordo com dados do Disque 100

Renata Mariz // Do Correio Braziliense

Brasília - Ainda escondida no seio de famílias muitas vezes acima de qualquer suspeita, dentro de boates e prostíbulos, em praias, barcos ou na beira das estradas, e até em imagens disseminadas por meio da internet, a violência sexual contra crianças e adolescentes começa a ganhar visibilidade. Levantamento completo de 2008 referente ao Disque 100, central nacional de registros de abuso e exploração sexual infantil e juvenil, mostrou um aumento de 30% nas denúncias, em relação a 2007. Na comparação com 2006, o crescimento foi de 135%.

Elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), o levantamento mostra que a central registrou 32.588 denúncias em 2008, média de 89 por dia. O recorde revela maior sensibilização da sociedade em relação ao problema e um desafio enorme para retirar as vítimas (83% do sexo feminino) da agressão. "Não é que a violência aumentou. Os números mostram que as pessoas estão denunciando mais", diz Leila Paiva, coordenadora do Programa de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças e Adolescentes, da SEDH.

Embora especializado no atendimento à exploração sexual, o Disque 100 faz registro de todos os tipos. As três grandes categorias de violência têm índices próximos. Entre 2003 e 2008, 35,7% das ligações denunciaram casos de negligência, 33,67% de violência física e psicológica e 31,07% de violência sexual. Nesse último grupo, o abuso sexual é o mais comum, respondendo por 57,89% das denúncias de violação sexual.

Programas - Isabela* passou quase cinco de seus 15 anos se prostituindo em Brasília. Cansada de ver o pai bater na mãe, a menina saiu de casa aos 9. "Foi quando comecei a fazer programa", conta, com voz e trejeitos infantis. A vida nas ruas levou Isabela a conhecer o sexo e as drogas. "Com o dinheiro, eu comprava reducola (solvente para limpeza), crack e maconha", lembra ela, retirada da situação de risco por um projeto social há um ano e meio. Isabela ganhava cerca de R\$ 40 por programa, que geralmente ocorria dentro dos carros dos clientes. Envergonhada da própria história, a menina quer estudar, mas não voltar para casa. "Prefiro ficar aqui (no abrigo do projeto)", diz.

A pedofilia aparece diluída no levantamento entre as categorias pornografia (quando a denúncia se trata de imagens) e abuso sexual (se a criança chega a ser tocada). Apesar das mudanças na legislação no ano passado, para punir pedófilos de forma mais rigorosa, o promotor Manoel Onofre Neto, vice-presidente da Associação Brasileira de Promotores e Magistrados de Defesa da Infância e da Juventude, defende mais investimentos na apuração dos casos. Além disso, uma rede de atendimento que dê suporte a crianças e adolescentes abusados sexualmente é tão importante quanto a identificação da violação. Mas essa cadeia de proteção - formada por conselhos tutelares, delegacias especializadas, promotorias, psicólogos e assistentes sociais - ainda é frágil no país.⁹²

⁹² MARIZ, Renata. **Brasileiro Perde o Medo de Denunciar**. In: Diário de Pernambuco. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/2009/02/15/brasil2_0.asp> Acesso em: 14 agosto 2009.

2. ENTREVISTA COM ASSISTENTE SOCIAL DE UM ABRIGO

Quando iniciei meu trabalho tive conhecimento de um Lar de crianças que estão em processo de destituição do poder familiar, então entrei em contato com o abrigo e falei com a assistente social que concordou em responder algumas perguntas, ela já trabalhou em outros Lares também.

Neste abrigo existem 32 crianças, sendo 05 foram retiradas da família e 3 as mães decidiram entregar para adoção, as outras 24 crianças vieram diretamente da maternidade. Neste abrigo ficam meninos e meninas de 0 até 4 anos.

Atualmente as crianças que encontram-se no Lar as mães desistiram de sua guarda, são usuárias de drogas, sofreram violência sexual e acabaram engravidando e não querem a criança ou houve negligência por parte delas, e a partir de denúncia foram retiradas destas mães. Neste Lar já passaram crianças vítimas de violência física também.

Quando a mãe é usuária de drogas, não fez o pré-natal ou o pré-natal foi tardio e elas ganham o nenê no Hospital de Clínicas, no Evangélico ou no Mater Dey, ao recebem alta não levam seus filhos, e os menores são imediatamente encaminhados para o abrigo, existem mães que desistem de seus filhos na própria maternidade, mesmo não sendo usuárias de drogas, alcoolistas, e tendo condições de criar-los, e assim também são encaminhados diretamente para os orfanatos.

As mães que são usuárias de drogas durante a gravidez não param de fazer o uso da substância, e quando não entregam seu filho para adoção, ficam vagando com ele pelas ruas atrás de drogas, e muitas vezes acabam trocando ou vendendo a criança em troca delas. Das 24 que estão lá apenas uma apresentou crise de

abstinência, onde a criança é bem agitada, elétrica, impaciente, chora muito, nada está bom, essa crise leva um tempo para passar, mas não sabem informar quanto tempo exatamente. Não se sabe se no futuro essas crianças irão se tornar usuárias de drogas. As chances de apresentarem déficit de aprendizado são grandes.

Na maternidade quando identificado que os pais são usuários de drogas ou alcoolistas, o juizado tem um protocolo de não deixar com que outra pessoa da família fique com a guarda da criança. Só poderá permanecer na família biológica se sua extensão for boa, mas muitas vezes a família sendo diferente da mãe, não quer ficar com aquela criança, prefere não se envolver e então ninguém interfere em relação a sua guarda.

No abuso sexual a maioria dos abusadores são homens, na violência física, maus tratos e negligência, quem na maioria das vezes pratica esses atos são as mães. Normalmente estas mães não possuem maridos ou companheiros, quando tem um companheiro é o da vez, que geralmente não é o pai de seus filhos, e cada filho possui um pai diferente, e ela os cria sozinhos.

Existem casos em que a negligência da mãe em relação aos cuidados básicos a criança como alimentação e higiene é tão grande, que elas acabam contraindo sérias doenças, e chegam aos abrigos muito doentes, desnutridas e desidratadas. Um menino que chegou a pouco lá a pele do rostinho dele descascava inteira e estava saindo, ele também apresentava um quadro grave de desidratação, pois a mãe não tinha o menor cuidado com ele.

Outra pessoa que acaba mal tratando a criança são os avós, pois, os pais deixam para eles cuidarem, que normalmente não tem condições, paciência, nem o menor cuidado com seus netos. Quando os avós não podem ficar. deixam ao cuidado dos vizinhos ou outra pessoa qualquer que queira cuidar ou contratam

peessoas para cuidarem de seus filhos enquanto elas trabalham. Muitas vezes este trabalho não é lícito, e essas pessoas também mal tratam as crianças.

Quando as agressões são cometidas pelo pai ou companheiro é a mãe quem denuncia, quando é a mãe que agride os filhos, são os vizinhos que acabam fazendo a denúncia, a assistente social não tem conhecimento de nenhum caso em que o pai fez a denúncia.

Normalmente não existe um motivo para a mãe agredir seu filho, mas quando isso acontece é porque a mãe é bipolar, usuária de drogas, alcoolista, teve depressão pós parto profunda e passou a negligenciar seu filho ou ficou muito violenta. Hoje o maior problema entre as mães que abandonam ou mal tratam seus filhos, é o uso de drogas, principalmente o “crak”.

Na pesquisa escrita realizada, um doutrinador dizia que quem abusa ou mal trata uma criança ou adolescente na infância, também já foi sofreu algum tipo de maus tratos. A assistente social disse que partindo dos avós muitas vezes não houve nenhum tipo de violência ou abandono, mas essas pessoas tiveram uma vida difícil, sofrida, limitas em sua escolaridade, de emprego, financeira, uma vida bem mais humilde, e por isso muitas vezes usam de violência para “educar” seus netos e filhos.

No caso de crianças que sofreram violência física elas normalmente não agredem as outras crianças. Isso depende muito do seu temperamento, o que ocorre é que muitas vezes acabam se mutilando. Foi relatado um caso em que um menino que na época dos fatos tinha 9 meses sofreu violência física por parte da mãe, ela chegou a atira-lo contra a parede, ele não agredia ninguém, mas ficava se auto mutilando, não se relacionava com as outras crianças, tinha um comportamento quase que de um autista. Diante deste quadro, foi encaminhado para a adoção

internacional, onde crianças que apresentam algum tipo de problema são mais fáceis de serem adotadas, mas esta adoção não obteve sucesso, e hoje com 10 anos a criança permanece no abrigo.

Em outro abrigo em que a assistente social trabalhava, ocorreu um caso em que um menino de 7 anos que foi abusado sexualmente pelo pai, quando chegou lá começou a abusar sexualmente primeiro de uma menina também de 7 anos e depois de um menino também da mesma faixa etária. Assim, percebemos que a criança que sofre violência física não violenta outras crianças, já a criança que é abusada sexualmente, abusará sim de outra criança e certamente quando crescer, poderá continuar cometendo abusos sexuais.

No abrigo existe apenas uma criança com possibilidade de retornar para a família, pois a mãe havia rejeitado seu filho, por ter sido vítima de estupro, mas acabou voltando atrás, está fazendo acompanhamento e visita semanalmente o filho, e provavelmente voltarão a conviver juntos.

A maioria das crianças que estão abrigadas são de famílias de baixa renda, mas existe casos de crianças de classe média e até alta. Uma das crianças é um menino que é filho de funcionária pública, e também, um menor em que a família de classe média-alta não quis ficar com ele pois a mãe havia se envolvido com drogas e não levava mais uma vida regrada, preferiu não se envolver e a criança foi para adoção. Também ocorreu um caso onde a filha engravidou e a mãe não aceitou, acabou escondendo a filha, dizendo que ela estava estudando no exterior e quando a criança nasceu a avó a entregou para adoção, isso prova que não são somente as mães de baixa renda que rejeitam seus filhos.

Quando os pais abrem mão do poder familiar, leva em torno de dois a três meses para a criança ser colocada em família substituta, mas quando os pais não

querem abrir mão e ficam recorrendo ou pedem para as outras pessoas da família a guarda, leva mais ou menos dois ou três anos, quando não mais.⁹³

⁹³ A pedido da assistente social o seu nome e do abrigo não foram divulgados. Entrevista concedida em 16 de outubro de 2009.